FULLER, Lon L.

Anatomía del derecho

COLECCION PERSPECTIVA ACTUAL

Anatomía del Derecho

Lon L. Fuller

MONTE AVILA EDITORES C. A.

Título del original en inglés:
ANATHOMY OF THE LAW

Versión Castellana:
LUIS CASTRO

© 1968, by **Encyclopaedia Britannica, Inc.**
Publicado en los Estados Unidos de América
by **Frederick A. Praeger, Inc., Publishers**

© 1969, by **Monte Avila Editores, C. A.**
para todos los países de habla española.

Esta obra, especialmente contratada con Frederick A. Praeger, Publishers, pertenece a la colección **Perspectiva Británica,** destinada a conmemorar el 200 aniversario de la **Enciclopedia Británica.**

Portada / Víctor Viano
Impreso en Venezuela por Editorial Arte

PRIMERA PARTE

LA PERSISTENTE PROBLEMATICA DEL DERECHO

El Derecho como dimensión de la vida humana

PARA EL CIUDADANO consciente y atento, el Derecho se presenta en una abigarrada diversidad de modos. Puede aparecer como la manifestación más lograda de la civilización, al liberar, para su empleo creador, los recursos humanos que, de lo contrario, serían canalizados hacia la destrucción. Puede concebirse como el fundamento de la libertad y dignidad humanas; como la mejor esperanza para el logro de un mundo en paz. Es en la capacidad humana para percibir los propios defectos y para legislar sobre ellos, en donde se encuentra la nota distintiva que claramente separa al hombre de la animalidad. Los filósofos de épocas anteriores a la nuestra veían en la posibilidad que tiene el ser humano de enderezar su naturaleza erradiza, y de regenerarse por medio del dictado de su razón, la muestra de algún tipo de relación con lo divino.

Un cambio de perspectiva puede disipar el halo brillante que circunda esa visión optimista del derecho y reducirla a polvo. El Derecho deviene entonces para el hombre en el emblema de la infamia; se convierte en la confesión de la imposibilidad de erradicar la perfidia. Así, cuando se afirma que el hombre puede reencauzar su vida mediante reglas de conducta, se está sosteniendo que es una criatura que necesita un bozal para poder convivir en seguridad con sus semejantes. Y si esto es algo que ningún otro animal puede hacer, es que ningún otro animal necesita hacerlo, ya que resulta, en consecuencia, que la humanidad es la única especie que escoge a sus semejantes como presa

preferida. Analizando al Derecho a través de esta sombría perspectiva, podemos gustosamente desear compartir los sueños de Tolstoi y de Marx, que anuncian un futuro en que los hombres vivirán en forma sencilla, y en trato afectuoso, los unos con los otros, sin que haya necesidad de hacer intervenir la trabazón impuesta por las normas de conducta.

El Derecho presenta una antítesis semejante a la anterior en sus relaciones con otras ciencias sociales. En efecto, puede considerarse que el Derecho es la más antigua y rica de las ciencias sociales. Antes de que existieran psicólogos, los jueces ya dialogaban con problemas de responsabilidad e intencionalidad, y su trato con estas cuestiones ha sugerido a muchos —hasta en nuestros días— que allí se encuentra contenido un conocimiento más profundo que aquel que se exhibe en los textos de psicología. Por su parte, los economistas, una vez que han agotado todos los recursos que les proporciona su propia ciencia, se dirigen al Derecho en busca de una visión más penetrante acerca de la naturaleza de los dispositivos institucionales que resultan esenciales para una Economía libre. Los filósofos descubren en el Derecho un sentido de la disciplina que se halla ausente de sus —en ocasiones— errabundas investigaciones: disciplina que se manifiesta al aceptar la responsabilidad que implica la asunción de decisiones, en atención a las cuales los hombres han de regir sus vidas. El filósofo que aún no sea rey o juez puede decir de su profesión: "Transitamos por lugares más altos, universales, necesarios. Nuestras decisiones no revisten esa ingrata cualidad de irrevocabilidad, y no tejen alrededor nuestro una red uniforme que nos aprisione. Si nos equivocamos, sólo tenemos que rectificar nuestro pensamiento" [1].

Cuando el filósofo desciende de sus alturas habituales para compartir las tareas de juez o legislador, parece renunciar a su libertad de pensamiento para trocarla por el pesado fardo de la responsabilidad. Pero con el cambio a menudo adquiere una

1. C. J. Vining. *Dissertation*, Harvard University, 11 junio 1964.

nueva y liberadora experiencia: el sentido inherente a la acción de dirigir.

En virtud de que el Derecho, durante toda su historia, se ha visto compelido a vivir inmerso dentro del caudal vital, las formas del pensamiento jurídico han pasado a formar parte del vocabulario cotidiano. De hecho, el Derecho ha aportado contribuciones indispensables al lenguaje. Surgen de inmediato palabras tales como "juicio", "juicioso", "justo". No obstante, no todas las contribuciones lingüísticas se revelan tan obvias; los vocablos "perjuicio" y "cosa", por ejemplo, fundamentan su origen en un contexto jurídico-legislativo. Haber tan sólo contribuido con la última palabra (cosa) —comprendida por todo niño— puede, a primeras luces, no parecer un aporte significativo, hasta tanto no se tome conciencia del grado de abstracción implícita en ella y, sobre todo, no se recuerde el hecho de que todo paso hacia el pensamiento abstracto implica una ardua conquista en la temprana historia del lenguaje.

Para aprehender algo de la importancia que conlleva ese aporte, pregúntese el lector, suponiéndose el encargado de elaborar un diccionario, cómo difiniría la palabra "cosa".

Situándose en una perspectiva opuesta, el Derecho puede presentarse como la más vacua de todas las ciencias. Se reduce enteramente a una disciplina de medios, sin objetivos, que se halla presta a ponerse al servicio del primer pasante con tal que muestre las credenciales suficientes. En efecto, se ha acusado al Derecho de ser la única disciplina humana que no posee fines propios. Y allí en donde se logran fundamentar racionalmente algunos objetivos, sin que éstos sean la expresión brutal del poder político, se considera que esos fines no derivan del Derecho en sí, sino que provienen de la Sociología, de la Etica o de la Economía. En consecuencia, si el Derecho está desprovisto de fines, difícilmente puede afirmarse que presente algún atractivo en el empleo de sus medios. En el mejor de los casos, estos medios representan medidas concebidas para restaurar las

condiciones de higiene social que, por lo demás, no resultan ser productos directos del Derecho.

En el peor de los casos implican el ejercicio deliberado de la imposición punitiva. La Economía, que ha sido descrita como la "ciencia funesta", por lo menos trata de la distribución de bienes escasos, mientras que el Derecho deliberadamente reparte males, castigos, en un mundo ya saturado de sufrimientos.

Cuando se sostiene que el Derecho representa el imperio de la razón, es conveniente preguntarse a qué clase de razón se hace alusión. Nuevamente nos encontramos ante opiniones claramente divergentes, a pesar de que ninguna de las dos vertientes de esta nueva antítesis resulta halagadora para el Derecho. Para algunos éste es producto de la sola razón, sin participación alguna del sentido común. El Derecho defiende, echando párrafos, lo que el lego estima haber podido decir en dos frases. Impide que el testigo, en el tribunal, diga lo que ha visto en lenguaje cotidiano, y violenta su descripción hasta hacerla prisionera de formas artificiales producto de la propia racionalización. El testigo, sinceramente dispuesto a prestar su colaboración al Juez se ve interrumpido sorpresivamente en mitad de frase cuando trata de decir lo que sabe en el lenguaje que espontáneamente le resulta natural; en otras palabras, cuando hace uso del único lenguaje en que tiene seguridad de estar diciendo la verdad. Sobre todo el Proceso judicial se halla suspendido lo que con orgullo Lord Coke llamó "la razón artificial del Derecho". La profesión jurídica, según uno de sus críticos, recluta sus miembros a través de una selección natural practicada entre aquellos que temperamentalmente se inclinan a pensar gratuitamente más allá de lo necesario (Over-Thinking).

En el polo opuesto de esa posición el Derecho aparece como el reino de la pura facticidad: el lugar en donde las cosas son lo que son sólo por haber sido siempre así. Dentro de esta actitud es más conveniente alegar que una regla ha sido observada por siglos, en lugar de esgrimir su razonabilidad o su carácter justo. El Juez Holmes, en una célebre sentencia, hizo notar que es

"inadmisible el que no se tenga otra razón para justificar una regla jurídica, que el hecho de haber sido establecida durante el reinado de Enrique IV". El contenido implícito de esas palabras, señala, indudablemente, que es justamente este tipo de razonamiento en el que confían con bastante frecuencia los juristas.

Todos estos criterios divergentes contemplan al Derecho como cortando incisivamente la vida humana en diferentes orientaciones. A todas les es común una cierta actitud de auténtico interés. Una pausa ante esa seriedad temática puede obtenerse al evocarse el alegre papel que desempeña el Derecho en Gilbert y Sullivan. En el mundo jurídico de éstos, extravagante y ficticio, todos conocen al Derecho. Es personificado por cancilleres; marido y mujer se hacen uno, mientras la Equidad desmiente su apelativo y elude su cometido estimando que lo hecho es lo que ha debido hacerse.

Pero cualquier satisfacción que se obtenga mediante ese cambio de perspectivas se ve inmediatamente opacada si reflexionamos sobre el frustrado litigante, cuyo destino depende de estos vuelos de *verbiage* extravagante, y quien encontrará muy poco que admirar en la ingeniosidad de esas incursiones. Es probable que el lego prefiera, en esos casos, ser declarado culpable —pues tiene entonces la posibilidad de afirmar que la corte erró en su juicio—, que ser sentenciado por un "fraude constructivo", ya que no conoce el significado de esa calificación y hasta puede dudar que el tribunal mismo lo conozca.

Son estas, pues, las distintas modalidades en que el Derecho puede aparecerse al hombre anteriormente calificado de "ciudadano consciente y sensible".

Se puede afirmar, sin demasiado riesgo de equivocación, que el grueso de la humanidad durante su transcurrir histórico ha desconocido toda esta diversidad modal del Derecho. Para el hombre de la calle, o para el campesino, la respuesta más normal frente al Derecho es una postura de indiferencia o de impotencia. El Derecho es como el clima. Se sabe que existe, pero se

busca adaptarse a él. No cabe más posibilidad que la de buscar refugio cuando irrumpa su peculiar relampagueo. En consecuencia, el mundo jurídico ciertamente no proporciona ninguna ocasión especial para moralizar o filosofar.

Esta disposición anímica es acertadamente transmitida en los párrafos del Informe de las experiencias de un profesor americano que pasó un año en la Unión Soviética, investigando las experiencias de los tribunales:

"Al igual que el rigor del clima, la extensión de los suelos y el campesinado pobre, los tribunales y el Derecho parecían ser aceptados como los caracteres del paisaje; nada puede alterarlos, pues son el resultado de la voluntad de poderes inaccesibles.

"Ha sido siempre así... Cuando inquiría si los tribunales eran *sprave dlivye* (justos o equitativos), la respuesta era normalmente un encogerse de hombros acompañado de un vacilante «Da». Este encogimiento se explica porque la pregunta les resultaba extraña. El ruso común asume una actitud pasiva ante esas cosas; considera al Derecho como ni bueno ni malo, pero inevitable; no logra despertarles un interés para su consideración. Esto se resume en el hecho de que raramente piensan acerca del Derecho. *Shto podylaiyesh?* ¿Qué se hace?

"Esta actitud (¿oriental?) hace explicable que el amor hacia el Derecho, como un bien positivo, no es natural en el ruso y ciertamente, no fue objeto de expresiones admirativas, ni siquiera por parte de estudiantes de Derecho. No en vano, como lo afirman gustosamente los profesores soviéticos, los estudiantes de Derecho y la Facultad de Derecho se han granjeado (merecidamente) la reputación de poseer las exigencias intelectuales más bajas de la Universidad. ¿Es acaso esto una expresión rusa de la tradicional debilidad del individualismo, racionalismo y legalismo, o bien del nihilismo jurídico resultante del humilde sitial del Derecho en la Ideología marxista?

"Cualquiera que sea la explicación valedera, no conocí a ningún joven ruso entusiasmado por el Derecho. El Derecho como una

preciosa conquista, como una depuración del intelecto, de la razón y de la composición, como protector de derechos y de dignidad, de los procesos justos («due process»), de la igualdad ante la ley («equal protection»), «estado de derecho», toda esta faz de lo jurídico se hallaba ausente. La generosidad y el poder creador del genio ruso fluyen por otros canales" [2].

Puede decirse con seguridad, que la postura reflejada no se halla de ninguna manera únicamente confinada a Rusia o a los países "orientales"; es muy probablemente característica de todos los hombres en cualquier parte en donde no hayan logrado desarrollar ningún sentido de la participación —ni siquiera una participación substitutiva— en sus propios gobiernos. Y tales tipos humanos se encuentran, por diversas razones y en distintas cantidades, en todos los países.

Salud y Enfermedad del Sistema Jurídico

No se pretende aquí buscar una conciliación entre esa diversidad de actitudes frente al Derecho. Bajo ciertas circunstancias todas ellas pueden ser justificadas o, por lo menos, pueden presentarse como inevitables. Han sido expuestas en toda su amplitud porque reflejan las complejidades y las antinomias ocultas que recorren la textura del Derecho.

La sugerencia de que el Derecho contiene "complejidades y antinomias ocultas" puede despertar algún escepticismo. Pero es posible afirmar que aunque las reacciones ante lo jurídico —al igual que las generadas ante el clima— suelen ser complejas y sutiles, no existe, en el Derecho mismo, nada que pueda sugerir tal conducta. Las leyes individuales, para que garanticen la seguridad, pueden ofrecerse en forma altamente complicada y engorrosa a través de la expresión de su artificiosa terminología: "lo anteriormente señalado", "se dispone, no obstante". Pero, en

2. George Feifer, *Justice in Moscow,* Simon and Schusler, 1964, p. 343.

realidad, la noción del Derecho en sí no constituye ningún misterio. Todos sabemos lo que es y el porqué de su existencia.

Para que los hombres puedan vivir en sociedad, en forma armónica, necesitan normas que aseguren la paz entre ellos, que hagan posible un comercio justo y que posibiliten una colaboración interindividual efectiva. En vista de que pueden diferir acerca de cuales normas deberán ser creadas, se hace necesario establecer algún tipo de procedimiento que se encargue de determinar legítimamente el establecimiento de las mismas, verbigracia, su promulgación por una asamblea legislativa o mediante un fallo judicial. Afortunadamente en una sociedad democrática los problemas intrincados y de mayor envergadura suelen traducir un consenso; sin embargo, y como es lógico suponer, una gran cantidad de normas se relacionan con actividades especializadas que no permiten una información generalizada en toda la población. En vista de que ninguna norma puede ser tan nítidamente formulada como para avalar una aplicación absoluta y segura en todos sus casos, se hace necesaria la designación de jueces dotados de una competencia suficiente como para hacer vinculantes la interpretación de esas normas, y para determinar, legítimamente, cuál ha de ser la aplicación autorizada en los casos controversiales. Por último, conviene proveer de incentivos para motivar la observancia de las normas; no puede colocarse al hombre que burla la Ley en la misma situación que aquel que fielmente acata sus limitaciones. O se hace recaer sobre el sujeto que incumple alguna sanción o se recompensa al que cumple. Este último mecanismo es poco usual en el Derecho, pero no del todo desconocido. Un ejemplo ilustrativo se tiene en las reducciones impositivas concedidas al dueño de explotaciones madereras, al observar éste ciertas prácticas oficiales prescritas para la tala, que se establecen con la finalidad de garantizar la continuidad en el abastecimiento de maderas. Pero más frecuente resulta el primero de los métodos descritos, es decir, la imposición de algún tipo de sanción al transgresor de la Ley, quien puede ser multado, sentenciado o condenado a resarcir los daños y perjuicios que le han sido imputados.

realidad, la noción del Derecho en sí no constituye ningún misterio. Todos sabemos lo que es y el porqué de su existencia.

Para que los hombres puedan vivir en sociedad, en forma armónica, necesitan normas que aseguren la paz entre ellos, que hagan posible un comercio justo y que posibiliten una colaboración interindividual efectiva. En vista de que pueden diferir acerca de cuales normas deberán ser creadas, se hace necesario establecer algún tipo de procedimiento que se encargue de determinar legítimamente el establecimiento de las mismas, verbigracia, su promulgación por una asamblea legislativa o mediante un fallo judicial. Afortunadamente en una sociedad democrática los problemas intrincados y de mayor envergadura suelen traducir un consenso; sin embargo, y como es lógico suponer, una gran cantidad de normas se relacionan con actividades especializadas que no permiten una información generalizada en toda la población. En vista de que ninguna norma puede ser tan nítidamente formulada como para avalar una aplicación absoluta y segura en todos sus casos, se hace necesaria la designación de jueces dotados de una competencia suficiente como para hacer vinculantes la interpretación de esas normas, y para determinar, legítimamente, cuál ha de ser la aplicación autorizada en los casos controversiales. Por último, conviene proveer de incentivos para motivar la observancia de las normas; no puede colocarse al hombre que burla la Ley en la misma situación que aquel que fielmente acata sus limitaciones. O se hace recaer sobre el sujeto que incumple alguna sanción o se recompensa al que cumple. Este último mecanismo es poco usual en el Derecho, pero no del todo desconocido. Un ejemplo ilustrativo se tiene en las reducciones impositivas concedidas al dueño de explotaciones madereras, al observar éste ciertas prácticas oficiales prescritas para la tala, que se establecen con la finalidad de garantizar la continuidad en el abastecimiento de maderas. Pero más frecuente resulta el primero de los métodos descritos, es decir, la imposición de algún tipo de sanción al transgresor de la Ley, quien puede ser multado, sentenciado o condenado a resarcir los daños y perjuicios que le han sido imputados.

Al tratar de transmitir una comprensión de los problemas que son enfrentados por los que cultivan el jardín jurídico, tendremos especial interés en destacar las situaciones anómalas, no radical y decididamente anómalas, sino aquellas que lo son sutil y brumosamente. No es mucho lo que se puede aprender de horticultura si se inspecciona un jardín devastado por un huracán o marchito por una sequía. Por el contrario, es mucho lo que se puede aprender si se observan dos plantas de la misma especie que crecen en lugares ligeramente separados, y que demuestran desigual crecimiento: una florece mientras la otra languidece. De esta misma manera, nuestro interés primordial en el Derecho no se dirige a sus aspectos más graves —corrupción, arbitrariedad, abusos tiránicos—, sino que se centra en problemas menores que surgen debido a descuidos o a imperceptibilidad, a pesar de tenerse razonables y buenas intenciones.

Una nueva analogía —médica— puede resultar provechosa para explicar el punto. Aristóteles afirmó, hace mucho tiempo, que podemos tener un conocimiento de lo que es la salud si consideramos las situaciones en que ésta falta. Cuando disfrutamos de salud el solo hecho —tan simple y transparente—, no ofrece posibilidades para su análisis. "Solamente en estado de enfermedad es cuando se percata uno de la complejidad del cuerpo . . ." Nuestro interés, pues, estriba en las enfermedades del Derecho, no por morbosidad, sino por su importancia clínica. En consecuencia, nos propondremos tratar fundamentalmente con las formas más sutiles de la patología legal y no con la ablación de órganos o miembros.

En lo que sigue, nuestro objetivo estará dirigido hacia el Derecho Penal. Varias razones nos asisten en la elección de esta rama jurídica como punto inicial para una investigación de los desórdenes a que están expuestos los sistemas jurídicos. En primer lugar, por cuanto las normas penales penetran tan adentro en la vida humana, que cualquier irregularidad en su funcionamiento debe constituir un interés especial. Es por esta razón que sus quebrantamientos son frecuentemente tema de discusión y de

comentario periodísticos. Por último, para el observador desentendido, el Derecho Penal parece simbolizar la totalidad del Derecho. Entiende normalmente de qué se trata y tiende a tomarlo como su modelo genérico para todo proceso jurídico. La selección de la más dramática de las ramas jurídicas como objeto de la próxima discusión acarreará sin duda alguna, algunas distorsiones que habrán de ser corregidas posteriormente, cuando se analicen otras especialidades jurídicas más prosaicas y esotéricas. Por el momento, atengámonos a esa especialidad, que nos ofrece la entrada más accesible para una clara intelección de los problemas del Derecho en general.

El Derecho en libros y el Derecho en acción

Podemos comenzar introduciéndonos de lleno en uno de los debates más controversiales de la Filosofía del Derecho. La controversia, para exponerlo con toda sencillez, es la siguiente: ¿En dónde se halla la realidad del Derecho, en su expresión formal, doctrinaria, en los libros, o en el comportamiento humano? En términos ortodoxos, la alternativa se plantea entre el verbo y el hecho. No se necesita ser demasiado preciso sobre el significado de esta pregunta para aventurarse a adivinar que el carácter pragmático de los tiempos presentes parece predisponer a favor de un criterio que concibe la realidad del Derecho como una actividad humana y no como una expresión puramente verbal.

Pero es necesario examinar el significado de esta pregunta más detenidamente. Para ello es preciso investigar el contexto significativo de donde ha podido surgir. Escogeremos para nuestros propósitos, como lo haremos de nuevo en otra parte, el Derecho Penal. En casi todos los países ésta rama se encuentra plasmada en Leyes, y normalmente existen códigos penales que determinan, definen y tipifican cuáles son los hechos punibles y cuáles las sanciones que los acompañan. Allí donde existen esos códigos se entiende normalmente que los tribunales deben atenerse a ellos; lo que implica que no poseen competencia para crear nue-

vos tipos delictivos, ni para declarar como transgresión del Derecho a lo que no se halla incluido en el Código. *Nulla poena sine lege* —"ninguna pena sin que exista (previamente) una Ley"—, es una máxima jurídica respetada universalmente por todas las naciones civilizadas.

Supongamos que un ciudadano desee saber si el acto que se propone realizar es delictivo. Queda entendido que la pregunta surge en una esfera de conducta en que los patrones morales normales se revelan como insuficientes. Al ciudadano le interesa saber, por ejemplo, si su kiosco puede permanecer abierto durante la tarde de un día de fiesta nacional. Lleva este caso ante un abogado. Este busca, en primer lugar, en el Código Penal. Allí se "encuentra" el Derecho. Para cerciorarse, en vista de que se le presenta cierta ambigüedad en las normas pertinentes, el abogado probablemente deseará consultar las decisiones judiciales para ver cómo han contribuido los tribunales a crear el propio Código. Empero, a pesar del hecho de que la jurisprudencia de los tribunales ha tenido la ocasión de interpretar el Código, no por esto se considera facultada para crear un nuevo Derecho. Por el contrario, entiende su misión como la extracción de normas provenientes del Código a los efectos de resolver los casos que se ventilan ante los tribunales. El Derecho sigue consistiendo —existe la tentación a afirmar que está contenido— en el Código.

Supongamos ahora que el acto que se propone realizar el cliente sea de índole claramente delictiva, pero que las previsiones legales que lo regulan hayan caído en desuso sin que los encargados de hacer cumplir la Ley hagan nada por aplicarlas. Nos encontramos entonces frente a un conflicto entre la conducta efectiva y las palabras. Si nos atenemos a las fórmulas verbales del Código esa conducta es delictual, pero si juzgamos de acuerdo con la realidad de la conducta oficial la acción escapa a toda restricción legal efectiva. ¿Cómo se resuelve este conflicto?

La respuesta que se hace inmediatamente presente al lego y al abogado de sentido práctico, aunque no a todos los filósofos

del Derecho, consiste en afirmar que indudablemente la conducta sigue siendo delictiva, pero que las normas encargadas de regularla no tienen eficacia. En este duelo entre formalización verbal y conducta real, parece prevalecer, en el caso concreto, la primera, siempre y cuando sea válidamente promulgada por el poder legislativo.

La situación planteada puede y debe despertar cierta inquietud. En efecto, ¿cómo se le rinde justicia a un ciudadano que sea víctima de un juez desconsiderado que desee aplicar, por primera vez, una Ley que ha sido letra muerta durante años? ¿Qué se puede hacer para evitar la parcialidad en la aplicación de la Ley? Más adelante nos detendremos sobre estos interrogantes y consideraremos los medios que tiene abiertos el sistema jurídico para prevenir o curar estas divergencias entre la formalización (escrita) y la aplicación del Derecho. Por de pronto nos bastará con hacer notar que tales discrepancias pueden surgir, y que no existen medios sencillos ni directos para resolverlas.

Mientras tanto asumamos una actitud distinta al abordar el problema central. Demos por supuesto que en un país llamado Erewhon, ha existido, durante siglos, un gobierno democrático, constitucional y legítimo. En un momento de crisis este gobierno es derrocado por un dictador, quien expresamente abroga la vieja Constitución y establece un régimen propio. Los principales miembros del gobierno derrocado logran escapar a un país amigo y establecer allí un gobierno en el exilio. La posibilidad de recurrir a ese expediente se hallaba prevista por la Constitución que les sirvió de fundamento para su actuación pasada. Se encuentra establecido en ella que en caso de derrocamiento del gobierno, sus representantes están facultados para trasladar la sede del poder a otra nación. Desde ese nuevo lugar deberán ejercer los poderes conferidos por la Constitución y prever la sucesión, en caso de fallecimiento o renuncia, de sus representantes. También dispone la Constitución que, en su debida oportunidad, el gobierno se traslade a su asiento original y que se celebren elecciones gene-

rales en Erewhon seis meses después del retorno del gobierno exilado.

Ante semejante situación resulta lógico suponer que durante algún tiempo ese gobierno puede ser considerado como el verdadero gobierno de Erewhon. Es probable que este criterio sea compartido por la mayoría del pueblo de Erewhon, por sus representantes exilados y por países amigos. Pero a medida que transcurre el tiempo, la esperanza de volver puede llegar a desaparecer, y llegará un momento en que resultará ridículo mantener que el "verdadero" gobierno reside en los representantes exilados. Un gobierno cuya única forma de existencia sea meramente verbal, plasmada en papel, y que en forma permanente no pueda hacer efectivas sus pretensiones, deja de ser gobierno. Si se propone promulgar normas legales para regular los acontecimientos de la vida de Erewhon, estas normas no podrán, en rigor, ser consideradas jurídicas, ya que no implican ninguna relación significativa con el acontecer de los hechos humanos que pretenden regular. En este caso de la controversia que opone la efectividad del Derecho a su validez formal, verbal, la balanza se inclina en favor de la realización efectiva.

Uniendo las dos posiciones que hemos tratado, llegamos a una conclusión que puede ser expresada metafóricamente: cuando el árbol del Derecho está muerto desde sus raíces, el sistema jurídico deja de existir. Cuando sólo perece una de sus ramas, no solamente no se declara la muerte de todo el árbol (lo cual es comprensible), sino que se asume que la rama misma se encuentra todavía viva (lo que resulta enigmático).

Nos encontramos, entonces, ante esta paradoja: en un extremo del análisis (puede denominarse el extremo del árbol) la existencia del Derecho está determinada por la posibilidad de realización efectiva de la conducta; si se excluye lo anterior, entonces la formalización verbal —que en un momento dado se revela como determinante para la existencia del Derecho— pierde toda vigencia práctica. Al otro extremo (extremo de las ramas), la existencia del Derecho viene determinada por la promulgación de

la forma verbal, y no por la concretización de las acciones que esas palabras suscitan.

La explicación de esta variación en el examen interpretativo del Derecho es muy sencilla. Puede expresarse mediante una analogía. Cuando un vapor comienza a fallar llegará un momento en que se presentará la necesidad de desecharlo. Pero no se da la orden de abandonar el barco, por ejemplo, si la bomba de combustible manifiesta un funcionamiento irregular. Sucede igual con el Derecho. Si la totalidad del sistema falla, lo abandonamos; si sólo existe un mal funcionamiento de una de las partes constitutivas del mismo, seguimos trabajando para que el sistema se mantenga en la medida de lo posible y de la manera más adecuada.

Esta comparación analógica puede resultar inadecuada. Después de todo, cuando falla la bomba de combustible, lo más corriente es que nos propongamos repararla. Cuando un día feriado, que obliga a cesar el trabajo no se ve provisto de sanciones para cubrir su violación, nos contentamos con afirmar: "Bueno, ya no funciona en el sentido de que no tiene ningún efecto sobre la conducta humana, pero sigue siendo, a pesar de todo, Derecho". Ahora esto equivale a querer reparar la bomba por medio del simple enunciado que afirma que se halla en buen estado. Pero debemos tener presente que la palabra "Derecho" jamás sirve únicamente como término descriptivo de las acciones humanas; lleva implícito un sentido prescriptivo que apunta a lo que debe ser. Si decidimos que no tiene vigencia el Derecho, tan pronto como el fiscal encargado de hacer respetar las leyes cese las actividades dirigidas a obtener su acatamiento, estaremos confiriendo poder al fiscal para derogar, por medio de su indolencia, perjuicio o corrupción, una ley debidamente promulgada por el legislativo. Y esto, indudablemente, es inadmisible.

A la pregunta con la cual iniciamos este planteamiento —¿de qué depende la existencia del Derecho? ¿de la conducta o de la palabra?— hasta el presente hemos respondido lo siguiente: de las dos. Cuando consideramos la existencia del sistema jurí-

dico en su totalidad, encontramos la prueba determinante del lado de los hechos, es decir, en el poder que tiene el Derecho de inducir algún tipo de influencia efectiva actual, en los asuntos humanos. Cuando nuestro interés se centre en una norma jurídica particular, que forme parte de un sistema jurídico vigente, la prueba determinante se encuentra en la promulgación formal de la expresión verbal, se encuentra del lado de las palabras.

Reconciliación del hecho y la palabra

Esta doble solución de nuestro problema deja entrever claramente ciertas dificultades no resueltas. Una ha sido mencionada ya: el cometido práctico de descubrir las maneras de eliminar o temperar la injusticia que proviene de la aplicación arbitraria y esporádica del Derecho. La otra es más teórica en cuanto a su naturaleza. Hace resurgir el problema acerca de la posibilidad de establecer una medición, según la variación del contexto, entre las respuestas opuestas a lo que parece ser la misma pregunta. Es posible afirmar que en un extremo del problema, la palabra "Derecho" describe la situación fáctica del sistema de normas que tienen generalmente efectividad en los asuntos humanos; mientras que desde el otro extremo se señala una específica intención legislativa que aspira, y debe, personificar la fuerza del Derecho, aunque resulte temporalmente inefectiva. ¿Pero cómo ubicamos un término medio? ¿Cómo localizamos el punto de intersección? ¿Dónde se establece el punto de contacto entre los dos significados? ¿Acaso no existe una teoría general que reduzca el sentido del Derecho a una única formulación, algo así como una síntesis palabra-acción?

En la primera mitad de este siglo muchos juristas trabajaron esa pregunta y se convencieron de que podía ser resuelta. La solución preferida suele expresarse dentro de estos lineamientos: la realidad jurídica ha de encontrarse en las decisiones judiciales, esto es, en las acciones que éstas realicen en relación con las controversias que les sean sometidas para su solución. Vamos a exponer,

en su forma más persuasiva, los argumentos que pueden ser esgrimidos en favor de esta tesis.

Aunque la mayor parte del Derecho hoy en día se presenta bajo su forma legislativa, ésta no es aplicada a los hechos humanos por el poder legislativo que lo crea. Este trabajo de aplicación le corresponde a los tribunales. Es en el interior de éstos en donde se produce, por consiguiente, el enlace entre la vida y el Derecho. Es aquí el lugar en donde la palabra se hace acto y es en el transcurso del proceso que la palabra adquiere un significado que se identifica con su proyección en el dominio del actuar humano.

La objeción más clara ante este criterio consiste en afirmar que los Tribunales pueden fallar en su intento de aplicar el sentido de las palabras formuladas por el legislador. Los tribunales no son infalibles; por medio de error, descuido o negligencia pueden imprimirle a la acción un sentido muy diferente al que específicamente se encuentra en las palabras del legislador. Cuando esto ocurre, vuelve a perfilarse la separación entre la acción y la palabra.

En respuesta a esa objeción se ha hecho observar que el poder de los Tribunales de interpretar las Leyes es, en realidad, un poder ilimitado para re-crearlas. John Chipman Gray, en su obra "La Naturaleza y Fuentes del Derecho" (The Nature and Sources of the Law), reproduce un cierto número de veces la cita siguiente de Bishop Hoadly: "Cualquiera que posea una autoridad absoluta para interpretar cualquier Ley, escrita o verbal, es quien, en verdad, en relación con todos los fines y propósitos, es el auténtico Legislador, y no aquél que por primera vez la anunció y formuló". Hasta un juez tan poco inclinado a la teoría y tan conservador como Charles Evans Hughes (Miembro Asociado de la Corte Suprema de los Estados Unidos, 1910-16; Presidente de la misma en 1930-41), declaró en una oportunidad que: "Estamos viviendo bajo una Constitución, pero esta Constitución es lo que los jueces digan que es..." La noción que se oculta en el trasfondo es fundamentalmente lo mismo que se expresa en el dicho conocido: "El Rey no puede hacer

el mal". En una monarquía absoluta, esto no significa que el Rey no puede actuar equivocadamente o inmoralmente, sino que no puede actuar ilegalmente, ya que él es quien crea el Derecho.

Si concedemos a los Tribunales un poder ilimitado para darle un significado preciso a las palabras del Derecho, en el momento mismo en que esas palabras son convertidas en actos, el problema de la separación entre el Derecho en acto y el Derecho formal o verbal, parece quedar resuelto. El verbo —la palabra— y el hecho se hacen uno. Así volvemos a encontrarnos con Gray quien insiste en que una definición adecuada del Derecho debe concebirla como las normas aplicadas por los Tribunales en la decisión de las controversias litigadas, y esta definición vale tanto para las normas emanadas originalmente de los Tribunales como para las Leyes promulgadas por el Legislativo. La expresión más lograda sobre este punto de vista es la "Teoría predictiva del Derecho de Holmes": "La profecía acerca de lo que los Tribunales harán de hecho, y nada más que esto, es lo que yo entiendo por Derecho".

Llegados a este punto todo parece en perfecto orden hasta que recordamos que aún no hemos hecho ningún progreso por resolver el problema inicial: el caso de una norma penal clara en cuanto a su significado —por lo cual no existe mayor dificultad en lo que se refiere a la predicción de cómo los Tribunales lo aplicarán—, pero desprovista de una aplicación efectiva por parte de las autoridades encargadas de materializarla. Lo que se plantea ante nosotros es una ausencia de concierto entre palabras y hechos a nivel inferior al de los Tribunales.

Dentro de esta perspectiva es imposible mantener que la Corte es el lugar en que las palabras y las acciones se entrecruzan y se funden inevitablemente, porque justamente las infracciones del Derecho no llegan a presentarse en ningún momento ante los Tribunales.

En una época algunos autores pretendían definir al Derecho como la conducta de los Tribunales y demás autoridades públicas.

Una definición como esa satisface un deseo pragmático que busca la realidad en lo que sucede, no en lo que las palabras formulan que debe ser. Pero esta actitud conduciría al absurdo. En efecto, existe un sentido en el que los Tribunales no pueden hacer mal uso del derecho: una vez que han emitido su interpretación definitiva, lo que los Tribunales digan se hará Derecho. Y aunque podemos criticar la interpretación que los Tribunales den de las Leyes, esa interpretación determinará, después de todo, nuestros derechos y deberes. Pero ninguna persona cuerda aplicaría el mismo principio al comportamiento del policía o del Fiscal.

Armonización entre la Actividad Judicial y Actividad Legislativa

Llegados a este punto, abandonemos, por de pronto, cualquier esfuerzo ulterior por buscar una reconciliación comprensible entre la perspectiva que visualiza al Derecho en la acción humana, y la que lo considera como un prescripción de lo que debe ocurrir y no como una descripción de lo que, de hecho, sucede. Fijemos, por el contrario, nuestra atención hacia la consideración de las medidas prácticas disponibles a la Sociedad para prevenir que el Derecho signifique algo en los libros y luego algo muy distinto en la práctica. Cuando hayamos analizado más detenidamente los problemas que efectivamente se confrontan al crear y administrar un sistema jurídico, estaremos en una posición mejor para determinar lo que el Derecho "es"; al igual que se puede ver, por ejemplo, más claramente lo que la horticultura "es", cuando se tiene alguna noción acerca de los problemas que deben ser afrontados al tratar de hacer crecer adecuadamente las plantas.

Primero: ¿Qué puede hacerse en aquellos casos en que los Tribunales crean mal o hacen mala aplicación de las Leyes promulgadas por el Legislativo? Nadie puede verdaderamente comprender este problema sino estar consciente de las dificultades

que acompañan la creación legislativa. Tendremos repetidas oportunidades para tratar explícitamente con esas dificultades. Por de pronto, nos bastará con anotar una fuente de obscuridades. Esta es la creencia corriente del lego que los abogados, con su hermética jerga, poseen una misteriosa habilidad para transmitirse significados con gran exactitud entre ellos. Aparte de algunos términos técnicos, no hay ningún fundamento en esta creencia. Para llenar los espacios entre las expresiones "considerando", "a condición de que, no obstante", los abogados no poseen más recursos lingüísticos que los que normalmente se hallan a disposición de cualquier usuario del lenguaje. La mayoría de los abogados por medio de su experiencia con la legislación adquieren una habilidad considerable para adelantarse a los casos anormales que pueden surgir bajo una Ley. La disposición redactada por un experimentado abogado estará, en consecuencia, a diferencia de aquella que lo sea por un lego, muy probablemente menos expuesto a la amenaza de contener casos no previstos. Pero, para expresar el núcleo del significado que constituye la esencia de la disposición legislativa promulgada, el abogado no tiene a su alcance ningún recurso especial. Al proyectar su intención hacia el futuro deberá como el lego, lanzar sobre las cambiantes corrientes de la vida una frágil embarcación de palabras, hecha de materiales asequibles a todo el mundo.

Una triste muestra de la necesidad que existe de tener una comprensión general de lo que significa "interpretar y aplicar el Derecho" fue revelada en una afirmación hecha durante una campaña política. Un candidato a la Presidencia de los Estados Unidos, cuando fue interrogado acerca de cual sería su política en relación con los nombramientos judiciales, respondió que velaría "por que los jueces federales sean de la más alta calidad. Si no siguen el Derecho habrá siempre causa de remoción". [3]

---

3. Associated Press, Boston Herald, julio 20, 1964, p. 7.

La forma ligera con que se afirma aquí que los jueces que no "siguen el Derecho" serán removidos claramente ignora el antiguo problema: ¿Quién cuidará a los guardias? En este caso: ¿Quién juzgará si los jueces están juzgando conforme a Derecho?

En todos los países civilizados la independencia del Poder Judicial es considerada como uno de los más importantes ingredientes de la salud social. Impugnar a un Juez por ejercicio ilegal de su cargo es considerado como un remedio drástico que sólo puede aplicarse en casos extremos, y bajo procedimientos establecidos que garanticen la más estricta imparcialidad.

Además, remover a un Juez de su puesto y reconsiderar sus decisiones no puede, según la naturaleza de las cosas, borrar el mal causado por la conducta ilícita. Los hombres deben confiar en las decisiones de los Tribunales y moldear sus actividades de acuerdo con ellas. Estas forman parte de la estructura misma de la Sociedad. Si un Juez ha sido encontrado culpable de conducta ilícita en el ejercicio de su cargo, y si después de su destitución intentamos extirpar los errores que haya tejido en la urdimbre jurídica, descubriremos muy pronto que nuestra tarea no tiene ningún límite natural. Podemos terminar deshilando el tejido mismo que nos habíamos propuesto enmendar.

Una visión clara del arduo y difícil cometido que significa rectificar las consecuencias de la conducta judicial ilícita se hizo patente en un incidente ocurrido por los años 30 en la Corte Segunda del Circuito Federal. El caso en cuestión implicaba la rara práctica de un Juez que fue encontrado culpable de aceptar soborno de una parte de los litigantes para que decidiera a su favor. ¿Qué debía hacerse, entonces, con los casos en que había aceptado el soborno? Se decidió que debían de ser reiniciados y reconstituidos por la Corte.[4]

---

4. Se podría sugerir aquí: ¿Por qué no revocar todos esos fallos sin necesidad de reconstitución? Perder la causa no puede estimarse como una sanción demasiado estricta para un litigante que ha sobornado al Juez. Si se reflexiona un poco, queda demostrado que esta vía fácil se encuentra vedada. Aunque el Juez haya aceptado el

En los casos específicos a los cuales hemos hecho referencia, alguna de las turbias decisiones consistían en la validación de patentes y, por consiguiente, tocaban una rama sumamente técnica y casi indefinida del Derecho. En un gran número de casos el Juez convicto había redactado una serie de opiniones escritas confirmatorias de la sentencia que había considerado que las patentes en cuestión eran inválidas. Un período de años transcurrió sin que ninguna duda surgiera sobre estas decisiones. Mientras tanto, las partes afectadas habían ajustado sus relaciones comerciales con base en la presuposición de que las patentes no poseían ninguna fuerza legal. Cuando las causas fueron reconstituidas, algunas sentencias fueron revocadas, haciendo que las patentes en cuestión fueran finalmente declaradas válidas. En uno de estos casos, que consistía en una patente de encendedores de cigarrillos, un lapso de casi siete años transcurrió entre el momento en que la patente fue declarada inválida y la revocación final de la decisión amañada. ¿Qué debía suceder con los años perdidos durante los cuales el propietario de la patente vio impedida la obtención de las ganancias y regalías (royalties) de que hubiera disfrutado si el primer fallo hubiese debidamente declarado válida su patente? La única solución que se encontró para obviar este problema, fue la de acogerse a lo contemplado en una parte de una Ley especial del Congreso, que extendía la vida de una patente por un período igual al transcurrido es-

---

soborno, esto no significa necesariamente que su decisión haya sido incorrecta. En refuerzo de esa posición se constató que el Juez en cuestión era un miembro de una corte integrada por tres, de manera que por lo menos uno de sus colegas, libre de toda acusación, había votado, en cada uno de los casos espúreos, a favor del fallo efectivamente emitido. Revocar esas decisiones sin consideración a su mérito hubiera significado hacer recaer una injusticia sobre personas inocentes, que aunque no eran partes en el litigio que las causó, han podido confiar en que las decisiones eran declaraciones de derecho y, en consecuencia, ajustar sus conductas a ellas. Además aun aquéllos directamente afectados por las decisiones pudieron ser inocentes de toda complicidad en el soborno, como sería el caso en que un avisado directivo de la empresa pagará el soborno sin conocimiento de los accionistas.

tando inválida la patente. Esta solución produjo, en el mejor de los casos, una justicia algo burda. Ya que siete años de la década del 40 no pueden considerarse lo mismo que, siete años durante la década del 30, especialmente si se toman en cuenta las consecuencias del progreso tecnológico que conducirían a rebajar el valor de las patentes. Pero esto no es todo. Las partes que no eran litigantes en las demandas judiciales que produjeron las decisiones espúreas habían confiado plenamente en las implicaciones jurídicas que se desprendían de esas decisiones, al juzgar ellas acerca de la validez de las patentes conexas. Por último, una de las decisiones se había convertido en una sentencia vinculante en Derecho de patentes, habiendo sido citada y utilizada como fundamento por otras cortes al decidir acerca de la validez de otras patentes.

Las consideraciones que acabamos de exponer demuestran hasta que punto es fundamental el principio de la independencia del Poder Judicial. Este principio es reconocido como fundamental por los Gobiernos civilizados de todas las partes del mundo. Normalmente se le hace descansar en la idea de que el Juez no puede actuar ni justa ni equitativamente si se encuentra expuesto a presiones externas. Nuestro examen demuestra que existe otra dimensión en el tratamiento del problema. Este consiste en el alto costo en que se incurre cuando se intenta después del acontecimiento dañoso, corregir las consecuencias inherentes al hecho de que el Juez haya cedido a las presiones externas. El caso que analizamos implicaba, desde luego, una extralimitación descarada de las exigencias judiciales: la venta de una decisión judicial a cambio de un precio. Es posible imaginarse como todas las dificultades relacionadas con ese caso se extenderían, si se hiciera práctica común el remover a un Juez por "no cumplir con el Derecho", y si se buscara la reconstrucción retrospectiva de los elementos dispersos que constituyen la secuela de su conducta ilícita o de su falta de percepción. Para bien o para mal, las necesidades del Gobierno exigen que escojamos para los cargos judiciales solamente aquellos hombres

de la más probada inteligencia e integridad, y que, una vez que éstos se encuentren ejerciendo sus funciones, les sea acordada una amplia esfera de independencia frente a cualquiera influencia externa.

Supongamos, no obstante, que un Juez realice una interpretación abiertamente arbitraría de una disposición legislativa. ¿Existe o no un remedio para este caso? la historia ofrece un cierto medio reparador que posee una lógica aparentemente razonable. En caso de que exista duda acerca de la interpretación de una Ley, o en caso de que el Juez se equivoque en relación con su significado, ¿por qué no dejar que la corrección sea hecha directamente por el poder de donde mana dicha norma legislativa? Nos referimos, como es lógico suponer, al poder legislativo. Si yo me encuentro trabajando en un establecimiento comercial, en una Empresa, y recibo una orden de un superior que no logro descifrar, para salir de dudas le pregunto al que me impartió la orden ¿Por qué no seguir este procedimiento, de sentido común, en lo que se refiere a las Leyes?

Durante siglos han existido, en realidad, una gran cantidad de partidarios de esta solución y ha sido adoptada en algunas oportunidades. El procedimiento anteriormente descrito ha sido designado con nombre propio en obras doctrinales. Se trata de la llamada "Interpretación auténtica". El Código Justiniano dispuso: "si cualquier cosa aparece dudosa, que sea comunicada por los jueces al trono imperial y se hará clara en virtud de la autoridad imperial, quien detenta exclusivamente el derecho de establecer e interpretar las Leyes" (I, 17, 2, 21).

Más recientemente este mismo procedimiento ha sido puesto en práctica en algunos países europeos. El Poder Legislativo ha sustituido en estos casos, obviamente, al poder imperial. Sin embargo, el procedimiento descrito ha fallado siempre y ningún consejero prudente podría recomendarlo a ningún gobierno de nuestros días.

¿Cuáles son las razones de este fracaso? Las razones serán examinadas aquí con más atención y con más profundidad que el

mínimun necesario requerido para demostrar lo imprudente de una proposición semejante. Este especial interés no se fundamenta, por consiguiente, en la sola demostración de lo imprudente de la proposición señalada, ya que éste no es el único objeto que persigue el análisis de las razones del fracaso. Nuestro objetivo no se halla únicamente vinculado con este problema inmediato, sino y más concretamente, con la tarea de transmitirle al lector una visión general de la naturaleza específica de los problemas que surgen de la creación y administración de un sistema jurídico. El problema ante nosotros se presenta como un material privilegiado en lo que se refiere a la transmisión de la visión que ya mencionamos y, en consecuencia, lo explotamos a los efectos de realizar ese objetivo. De esta manera podremos, en posteriores consideraciones, construir sobre la base de la comprensión que haya podido obtenerse acerca de los propósitos que aquí nos animan.

La primera pregunta que cualquier persona experimentada en problemas jurídicos se haría, es una que normalmente no se le ocurriría a ningún lego. Es una pregunta acerca del procedimiento. Los hombres que participan en las actividades de la sociedad, ya sean actividades políticas, jurídicas, económicas o educativas, presentan todos la característica de interesarse cada vez más a medida de que su experiencia se acumula, *en la manera en que las cosas* deben hacerse, y no únicamente *en lo que debería hacerse.* Es posible citar nombres eminentes, que han señalado, como cambio fundamental del tránsito de la juventud a la madurez, el interés especial por el aspecto procedimental de las cosas; entre ellos al senador Paul H. Douglas y a Wilhelm von Humboldt.

¿Cuáles son los problemas procesales que surgirían si al legislador le fuera dada la oportunidad para derogar las interpretaciones judiciales erradas de las Leyes? Son muchos, pero uno que deberá ser enfrentado desde el comienzo, es el siguiente: ¿En atención a qué método o procedimiento serán presentados para su revisión por el legislador los casos que hayan sido deci-

didos por los Tribunales? Sin considerar las formas mixtas, existen tres posibles procedimientos. El primero sería disponer que el legislador *estuviese vigilando cada una de las decisiones de los Tribunales* a medida que éstos decidieran, y solicitara la revisión de cualquier caso que le parezca dudoso. Resulta lógico suponer que un procedimiento como el descrito impondría al Poder Legislativo o a sus delegaciones un fardo imposible. Jamás se ha podido realizar, ni tampoco se ha intentado en ninguna oportunidad por los tribunales de apelación, una revisión significativa de la obra cumplida por los Tribunales de instancia. Verse obligado a trabajar bajo un control tan absorbente destruiría la independencia del Juez y le robaría, al ejercicio de esa función, cualquier sentido de satisfacción personal. El Juez se convirtiría en una especie de alumno angustiado que trata de hacer sus planas ante la presencia siempre vigilante del profesor.

Un segundo procedimiento consistiría en dejar que el Juez mismo decida si un caso debe ser referido al Legislativo. Este ha sido el procedimiento que en realidad se ha venido cumpliendo en aquellas instancias históricas en que la interpretación judicial de las Leyes se ha sometido en la práctica a revisión por el Legislativo. El procedimiento tiene la particularidad de que se inicia con una desconfianza ante la habilidad del Juez para percibir el significado de la Ley y termina permitiéndole contar con su propia capacidad para el cumplimiento de esa tarea. El Juez audaz podría entonces protegerse de la interferencia legislativa mediante un simple recurso: la admisión de dudas. Por su parte, el Juez tímido halla abierta la vía para sustraerse de sus responsabilidades mediante la posibilidad que tiene de declarar cada caso dudoso.

Queda el recurso de conferirle al litigante derrotado la posibilidad de tomar él mismo la iniciativa de apelar su caso ante el Poder Legislativo. La consecuencia previsible estribaría en que el Poder Legislativo delegaría una comisión especial para oír dichos recursos. Si el volumen de recursos de apelación fuese

considerable, los miembros de este comité tendrían que desprenderse en buena medida del trabajo ordinario de la legislación y se convertirían, en auténticos tribunales. De esta manera un procedimiento concebido para permitirle al Poder Legislativo expresar lo que entiende por su propio lenguaje, acabaría por convertirse simplemente en otro tribunal de jueces que se ubicaría al final de la cadena de los recursos de apelación. Esta posibilidad puede, en verdad, ser rastreada históricamente. A la luz del análisis histórico, la distinción entre las funciones judiciales y legislativas, hoy día aceptadas sin vacilaciones, son el resultado de un desarrollo relativamente reciente. Las legislaturas de los Estados Americanos, en sus comienzos, decretaban divorcios, otorgaban excepciones de quiebra y tomaban una extensa variedad de decisiones que consideramos hoy día como dependientes únicamente del Poder Judicial. En Inglaterra, la Cámara de los Lores, compuesta por los llamados Lores de la Ley no es un cuerpo legislativo, sino un tribunal, el cual se distingue de la Cámara de los Lores en tanto asamblea deliberativa. Esta separación de funciones se ha producido gradualmente. La Cámara de los Lores originalmente ejercía sus poderes judiciales y legislativos como un solo cuerpo.

Dejemos de lado la cuestión acerca del procedimiento que deba seguirse para someter los casos a revisión por parte del Poder Legislativo, y fijemos nuestra atención sobre si conviene o no acordarle al Legislativo una competencia especial para la interpretación de su propio lenguaje.

Supongamos que el Legislativo promulgue una Ley que convierta en conducta ilícita: "El dormir en una estación de trenes". Dos casos se presentan ante los tribunales. Uno implica la presencia de un borracho consuetudinario, quien llega a la estación arrastrando su agujereada cobija con la finalidad de echarse sobre el pavimento para pasar la noche, y es luego arrestado cuando aun no acaba de cerrar sus ojos. El otro caso pone en presencia a un diligente y conspicuo viajero, que esperando a media noche un tren retrasado cinco horas, acababa de dormirse

sentado cuando fue arrestado. ¿Puede decirse que alguno de estos hombres ha violado la Ley? Y en caso afirmativo, ¿cuál de ellos? ¿Existe alguna posibilidad de que el Poder Legislativo tenga alguna forma de darnos una respuesta a esta pregunta, forma que no se halle al alcance de un tribunal? (Si el caso parece fácil en virtud de que dormir significa dormir y no estar acostado para entregarse al sueño, considérese el problema siguiente: un turista visita una mansión colonial que posee una pancarta que reza: "Washington durmió aquí". Cuando regrese a su casa el turista consultará los libros de historia y descubrirá que, a pesar de que Washington durmió efectivamente en la casa mencionada, permaneció despierto toda la noche tratando concebir algún plan para derrotar a los ingleses. ¿Acaso puede decirse que el turista tiene derecho a que se le restituya el importe de admisión fundamentándose en el hecho de que fue inducido a pagarlo a causa de un falso testimonio?)

El caso concreto es que en la mayoría de los casos en que surge una duda acerca de si una situación particular se encuentra prevista por una Ley, no existe ningún recurso intelectual disponible para el legislador, al decidir la cuestión, que no se encuentre igualmente disponible para el Juez quien, por lo demás, normalmente tiene la ventaja de poseer más experiencia en la resolución de estos problemas. Imaginemos, sin embargo, un caso en que el poder legislativo, o por lo menos algunos de sus miembros, sea dueño de un conocimiento específico de lo que significa lo expresado por la Ley. La disposición legislativa, por ejemplo, determina que se considera ilícito "el porte disfrazado u oculto por una persona de cualquier pistola, revólver, arma de fuego, u otra arma semejante". El acusado es arrestado por llevar una honda en su bolsillo. Es juzgado por un tribunal que encuentra que no violó dicho dispositivo legislativo; "otra arma de fuego", de acuerdo con el contexto, dice el Juez, significa cualquier medio para propulsar una bala mediante explosión. El caso es referido al legislador. Según se desprende de la discusión del proyecto legislativo, la materia de hondas fue planteada, y el ponente del proyecto expuso oralmente, a

un número considerable de legisladores, que las hondas se hallaban incluidas por las palabras "u otras armas semejantes". Queda perfectamente claro que cuando un hombre es acusado de asesinato, su culpabilidad debería depender de la forma de interpretar razonablemente la Ley, o por lo menos, de la interpretación razonable que realice su abogado del dispositivo legal que define el crimen en cuestión.

El centro del problema no debería ser lo que el legislador quiso decir, sino lo que definitivamente dijo. Es evidente que este problema puede ser objetivamente resuelto más satisfactoriamente por un tribunal que por aquellos que participaron en la elaboración de la Ley.

Existen, pues, sobre esta materia unas palabras ya clásicas. Cuando en una oportunidad se debatió sobre la interpretación de una Ley inglesa, Lord Nottingham, según se dice, afirmó: "Tengo una razón para conocer el sentido de esa Ley, ya que su primera aparición se debe a mí". En la obra de Campbell, "Vida de los Cancilleres de Inglaterra" (Lives of the Lord Chancellors of England) se hace este comentario: "Si Lord Nottingham fue quien concibió el proyecto, era el menos calificado para interpretar la Ley; el autor de un acto generalmente considera más su intención particular que el significado que expresa". [5]

Preservación de la Integridad del Derecho en el momento de su Cumplimiento

En las consideraciones inmediatamente anteriores nos atuvimos al estudio de las medidas que pueden ser tomadas para mantener la interpretación judicial de las leyes en consonancia con la intención expresada en las mismas. Se trata pues de saber mediante qué medios podemos asegurar que los jueces "siguen el Derecho". Nuestra modesta conclusión era que todo lo que podía hacerse, segura y efectivamente, era escoger los hombres más

5. Vol. 3, 3ª ed., 1848, pág. 423.

capaces y honestos como jueces, e investir su oficio con un grado de independencia que pudiera protegerlos de presiones externas.

Podemos ahora descender al nivel más bajo y más amplio de la pirámide jurídica, al nivel formado por los encargados del cumplimiento del Derecho, integrado fundamentalmente por la policía, los fiscales y procuradores. El Derecho no puede cumplirse por sí mismo. Algún cuerpo representativo debe ser encargado de esa responsabilidad, algún funcionario gubernamental debe iniciar el procedimiento por medio del cual resultará aplicado el Derecho. Si el cumplimiento de esa responsabilidad es laxo, teñido de favoritismo, o pervertido por la corrupción, entonces el Derecho resultará efectivamente modificado y distorsionado en el proceso de su aplicación.

Para disminuir los riesgos de distorsión, un remedio que puede recomendarse sería someter el trabajo de la policía y el de los fiscales acusadores a la supervisión de los tribunales. Estos tienen, después de todo, una oportunidad permanente para la observación diaria de los agentes del cumplimiento del Derecho. En caso de que la situación no sea normal a ese nivel del sistema jurídico, los tribunales estarán en la mejor de las posiciones para saber lo que ha resultado mal, y, por consiguiente, sabrán cuál es el medio más efectivo para corregir la situación. Además, las cualidades de imparcialidad y desinterés que configuran las aptitudes para el oficio de Juez, también se exigen para este papel de supervisión.

Sin embargo, la asignación al Poder Judicial de una función semejante, implicaría una peligrosa confusión de funciones. La noción de que los papeles del Juez y del fiscal deberían estar en distintas personas, las cuales han de guardar cierta distancia, es un lugar común para nosotros que nos induce a olvidar lo difícil que ha sido el llegar a esa separación, y, al mismo tiempo, nos impide ver la fragilidad en que vive aún en nuestros días. Debe tenerse presente que un fiscal realiza una función de considerable complejidad. El exacto cumplimiento de su cargo requiere un reiterado y sano juicio. En muchas oportuni-

dades, por ejemplo, debe decidir hasta que momento debe continuar accionado una demanda que resulta claramente infundada, pesando la pérdida de tiempo y energía frente a la posibilidad remota de que la demanda resulte luego justificada. Cualquier compromiso en cuestiones de esta delicadeza comprometería inevitablemente la posición del tribunal como *forum* para la determinación penal e imparcial de la controversia.

Deberíamos recordar que en las "Cortes Inquisidoras" los papeles de procurador, defensor y juez se encuentran combinados en una persona o grupos de personas. No es de ninguna manera accidental que una Corte como la anterior celebrara sus sesiones en secreto. La explicación normal de ese secreto se halla en que los métodos empleados por esa clase de tribunales para la extracción de confesiones no resistirían una investigación pública. Los métodos en cuestión, empleados por los tribunales inquisitoriales y aún cuando estuvieran abiertos al público, difícilmente podrían ser objeto de comprensión para la simple observación de un extraño. El proceso decisorio sólo adquiere coherencia e inteligibilidad para una audiencia no entendida cuando las funciones de procurador, de juez y de defensor se encuentran separadas y, al mismo tiempo, es solamente mediante esa separación que la audiencia puede ser convencida de que todos los aspectos de la controversia han sido cubiertos. Una separación de las funciones implícitas en una decisión judicial es, por consiguiente, una medida esencial para que un orden jurídico pueda considerarse como equilibrado y justo. En efecto, se ha observado que los tribunales inquisitoriales al recurrir a la tortura y a las técnicas del lavado cerebral, obedecen a la necesidad primaria de obtener confesiones formales, que puedan convencer al mundo de la justicia de sus decisiones. Esto no podría obtenerse en caso de seguirse simplemente con los métodos informales de investigación, aún en el caso de que éstos estuvieran abiertos a la supervisión del público.

Puede decirse que estas afirmaciones quedan un poco al margen de las modernas democracias constitucionales. Es posible

pensar que en tales sociedades existe muy poco peligro de volver a los métodos del *"Star Chamber".** Pero depositar una confianza ciega en estas consideraciones implica ignorar las sutilezas del problema y, además, induce a no tener presente que una completa separación de funciones no se logra mediante la simple y formal asignación de poderes diferentes a personas distintas.

Es, verbigracia, un lugar común, admitido por todos aquellos que están familiarizados con las actividades cotidianas del sistema jurídico, que los jueces de las instancias más bajas del Derecho Penal tienen una marcada propensión a identificarse a sí mismos como fuerza policial. En un momento de ingenuidad, un Juez, que detente ese cargo, puede muy probablemente confesar que en caso de existir un conflicto testimonial entre el policía que practica el arresto y el acusado, él aceptará, como verdadera, casi mecánicamente, la afirmación del agente público. La razón de esta preferencia se apoya en el hecho de que el juez sinceramente cree que cualquier desviación al respecto *"socavaría* la moral de la policía", que cumple una difícil, peligrosa y escasamente apreciada tarea en nuestra sociedad. Cualquier malestar de conciencia causado por esta abierta y mecánica preferencia puede ser acallada si se atiende a la reflexión que despiertan, en la mayoría de los casos, los incidentes oscuros y confusos que preceden al arresto, ya que éstos elementos hacen difícil toda retención precisa coloreándola de subjetividad y de inexactitud.

Renunciar ante esta línea de razonamiento conduce fácilmente a la confusión de las funciones del juez y del procurador, perdiéndose entonces la separación estimada como esencial para todo sistema jurídico civilizado.

Es a menudo conveniente pensar que el sistema jurídico forma una especie de autoridad jerárquica; nosotros hemos utilizado la

---

* Jurisdicción creada en el siglo XV para corregir los desmanes causados por los grandes propietarios. Su competencia penal se acompañó durante el siglo de una reputación de rigidez y severidad así como de una gran celeridad en los procesos condenatorios. (N. del T.)

expresión "pirámide jurídica". El aparato jurídico del Derecho Penal puede encuadrar en esa configuración. En la cúspide se encuentra el Poder Legislativo declarando qué actos deben ser considerados como crímenes y cuál es el castigo apropiado que ha de seguirles. En un segundo estadio tenemos los tribunales resolviendo las controversias prácticas y determinando la aplicación adecuada de un vocabulario legislativo destinado a regir los casos específicos. En un tercer estadio tenemos a los agentes de ejecución material del Derecho, quienes se encargan de detectar crímenes, recibir demandas, y hacer llegar ante los tribunales los cargos que recaigan sobre individuos que hayan cometido actos delictivos.

Aunque esta concepción piramidal tiene algo de valor, no debe ser aceptada como si ello implicara algo así como el engranaje de la estructura de un mando militar, o la organización vertical de una empresa comercial. En el Derecho cualquier nivel de la jerarquía tiene una responsabilidad funcional específica. Cualquier extralimitación de un nivel a otro, hacia arriba o hacia abajo, puede destruir la integridad de todo el proceso jurídico.

Estas afirmaciones no debieran, por supuesto, ser entendidas como si estuviéramos sosteniendo que el cargo de procurador debe quedar totalmente eximido de una investigación proveniente de otra esfera; mucho menos debiera entenderse que tal inmunidad abarca también las prácticas usuales de la policía. En realidad, lo que queremos dejar sentado es que cualquiera investigación que se practique, debe ser iniciada por algún cuerpo especial constituido para ello y existente fuera del ámbito formal de la estructura jurídica que tiene a su cargo la materialización coercitiva del Derecho.

Esto deja abierta la cuestión acerca de si existen medidas impersonales o institucionales disponibles, que pudieren servir como una especie de profilaxia frente a la comisión de distorsiones del Derecho, al nivel de su materialización efectiva. Una de estas medidas, un tanto limitada en lo tocante a su utilidad, se fundamenta en la doctrina del "desuso de las Leyes".

Según ella, una disposición legislativa que se deja sin implementación material durante algún tiempo, no será considerada por los tribunales encargados de aplicarla como detentora de validez jurídica. Un Juez americano describió en una oportunidad muy vívidamente el mal hacia el cual apunta esta doctrina cuando observó que "El prolongado sueño de una Ley" puede "generar mucho daño si de pronto se le interrumpe para hacer uso de ella".

Queda abierta la pregunta de saber si el "daño" a que aspira poner fin la doctrina no equivale al "daño" que introduciría la doctrina misma. La principal objeción que existe en su contra es la inseguridad que la acompaña. El tiempo de desuso necesario para anular una Ley debe variar de acuerdo con las circunstancias. En un caso, una ley muy antigua puede hacerse ineficaz durante mucho tiempo por el simple hecho de que no ha sido violada; una regresión del daño que la ley esperaba corregir puede convertirse en un vehículo adecuado para hacer viables sus mecanismos y ponerla en vigencia nuevamente. En otra situación un cambio rápido en las circunstancias puede, dentro de un término relativamente breve, hacer aparecer a una ley como anacrónica. En cualquier caso la doctrina del desuso ha tenido en todos los sistemas jurídicos una delicada y limitada aplicación [6].

Para corregir lo planteado por una ley anacrónica, un remedio más favorable puede hallarse en la reinterpretación de la Ley a la luz de nuevas condiciones; como afirma Gray con un dejo irónico: "Es más arduo y lento el proceso de interpretación de una Ley inexistente, que su rechazo; pero con tiempo, paciencia y habilidad puede lograrse" [7].

La institución de un magistrado investigador es otra medida para la preservación de la integridad del Derecho al nivel de su materialización. Esta institución no está destinada a la rectificación

---

6. Ver J. Chipman Gray, *The Nature and Sources of the law,* ed., The MacMillan Co., New York 1921, pp. 189-197, pp. 329-334.

7. Ibid, p. 192.

de los males de un esporádico y laxo cumplimiento del Derecho; apunta a males de una naturaleza contraria a los anteriores, es decir, a aquellos que se derivan de un exceso de celo en el cumplimiento del deber del procurador. Bajo el sistema en cuestión se establece que una acusación delictuosa, para que sea llevada ante los tribunales regulares, debe haber sido investigada por un oficial especial y, de hecho, debe recibir una certificación de que el caso merece la consideración de un proceso judicial.

El magistrado investigador aparece así como una especie de quasi-juez que se halla a mitad de camino del procurador y de los tribunales. El peligro de esa institución consiste precisamente en esa tonalidad semioscura que configura el lugar que ocupa esa función. El certificado de que un caso merece juicio tiende inevitablemente a confirmar la carga criminal en contra del indiciado, creando, por consiguiente, lo que puede equivaler en la práctica a una fuerte presunción de culpa. El elemento de un prejuicio ya implícito constituye una amenaza a la integridad del juicio en tribunal; el acusado ya ha padecido, de hecho, una suerte de medio juicio antes del juicio verdadero, y este medio juicio es efectuado por y no ante una especie de medio juez que actúa esencialmente como una Corte inquisitoria. En aquellos países en que el magistrado investigador forma parte del sistema jurídico, el papel del mismo sigue levantando discusiones, y aun en aquellos lugares en que es aceptado generalmente, perdura siempre la específica preocupación de una eventual aplicación arbitraria.

La institución del magistrado investigador forma parte de la tradición de los países que siguen el sistema romano; esto es, aquellos países cuyos ordenamientos jurídicos derivan históricamente del modelo romano.

El magistrado investigador es desconocido, al menos en lo que se refiere a la designación, en los países que derivan sus sistemas jurídicos del patrón inglés. En estos países la institución que guarda la semejanza más estrecha con el magistrado investigador, es el Gran Jurado. Durante la evolución de su larga historia, el

Gran Jurado ha sido acusado de hecho de permitir abusos semejantes a los que se imputan a los magistrados investigadores. El hecho de que la denuncia (acusación) del Gran Jurado deba ser vehiculada por un veredicto emitido por un conjunto de juramentados, ofrece una garantía segura en contra de la posibilidad de un abuso burocrático del cargo. No obstante, en momentos de excitación pública, la participación de una o unas docenas de "hombres buenos y probos" puede simplemente servir para prestar un disfraz de proceso legal a expresiones de histeria colectiva. En cualquier caso, el Gran Jurado —a pesar de la atención que recibe al encontrarse sesionando— forma tan sólo una parte secundaria del sistema jurídico penal tomado en su totalidad, y aun existen quienes consideran que ese papel secundario debe ser eliminado.

La tendencia hacia la irresponsabilidad en la creación de las Leyes

Durante el transcurso de gran parte de la historia mundial, las preocupaciones de los filósofos del Derecho han estado centradas en torno al problema de la esencia del Derecho, y en relación con la tarea de distribuir una función específica a cada una de las variadas instancias e instituciones que forman un sistema jurídico. A partir del momento en que se concibió el Derecho mismo como una empresa de colaboración, incluyendo funciones distintas y complementarias, se creyó que cualquiera de sus componentes podría arrojar una falla en su funcionamiento.

Más recientemente la filosofía del Derecho se ha inclinado, cada vez con más insistencia, a fijar su atención sobre la estructura jerárquica del Derecho; la tarea que se ha planteado a sí misma se ha venido pronunciando por una definición precisa de cada uno de los elementos de una cadena vertical de mandamientos. Esta preocupación conduce fácilmente al criterio de que la autoridad suprema, dadora del Derecho, no puede menoscabar la integridad del Derecho. En los estrados más bajos de la jerarquía

los hombres actúan en forma irresponsable hacia el Derecho cuando ellos fracasan en su intento por cumplir fielmente las órdenes de sus superiores. Pero la suprema autoridad legislativa tampoco puede desentonar, ya que es ella quien lleva el compás. En realidad, algunas de las ofensas más graves en contra de la integridad del Derecho no provienen de los estrados más bajos de la jerarquía de funciones, sino que emanan del propio legislador. El catálogo de sus pecados es muy extenso. Incluye leyes vagas y contradictorias; cambios legislativos extemporáneos que obedecen a presiones políticas pasajeras; sanciones jurídicas incomprensibles desenterradas de los rincones más oscuros de los Códigos; y mil y una maneras de redactar e introducir confusión en lo que se supone ser la fuente primaria del orden social.

No tenemos espacio aquí para considerar todas las formas de conducta jurídica irresponsable en que el legislador puede incurrir. Veremos tan sólo aquellos ejemplos de conducta ilícita que tengan un interés contemporáneo.

De esos atropellos, uno de los más graves es aquel que consiste en promulgar (o disponer en el texto legislativo) leyes, sin la intención de hacerlas efectivas. Este tipo de leyes permite que el Poder Legislativo pueda sortear sin mayores dificultades los planteamientos políticos conflictivos. Podrá entonces votar a favor de una Ley particular a fin de complacer y apaciguar una fracción determinada, pero, al mismo tiempo, contará con que el Fiscal no hará efectiva la Ley en cuestión, con lo cual se asegura de no estar ofendiendo a la fracción opuesta.

Un ejemplo patente de este abuso se halla en las Leyes existentes contrarias a la venta de medios anticonceptivos. La gran mayoría de estas leyes quedarán sin ninguna vigencia material y son violadas abiertamente; aquellos que son partidarios de mantener esas leyes suelen ser los últimos en querer insistir en su sancionamiento efectivo.

Las leyes que prohíben la venta de bebidas alcohólicas proporcionan otro ejemplo de leyes que se hallan normalmente expuestas a un sancionamiento imperfecto o a una *inefectividad*

total. El fracaso representado por esas leyes es tomado como una prueba de que el legislador no puede imponerle a la frágil naturaleza humana unas exigencias que sobrepasen el límite fijado por el sentido común, en el discernimiento del bien y del mal. Sin embargo, de hecho, es a menudo el mismo ciudadano que apoya la promulgación de dichas leyes el que después tolera su incumplimiento. Estas leyes conciertan adecuadamente con sus nociones sobre el bien y el mal; el problema reside en que ellas no concuerdan con su capacidad de actuar en conformidad con sus expresas convicciones. Esta falta de determinación puede serle perdonada a una opinión pública amorfa que no se enfrenta a ninguna responsabilidad específica; es mucho menos excusable en el caso de una complicidad legislativa. La ausencia de prohibición no ilustra tanto a un legislador que se mantiene fuera de contacto con la opinión pública, como a un Poder Legislativo que se mantiene demasiado estrechamente vinculado a la misma, y que no desea, o es incapaz, de superar su propia falta de decidida orientación en la elaboración de leyes.

Otro pecado muy frecuente del Poder Legislativo consiste en promulgar leyes que sólo tienden a materializarse efectivamente en ciertos y determinados casos. En una oportunidad, el jefe de la policía de una ciudad de Nueva Inglaterra declaró a la prensa, que él creía en un derecho aplicable mediante toque de queda, y "selectivamente coercible". La "coerción selectiva" en este caso significa que es el policía quien decide por su cuenta, y desde la calle, a quién debe enviarse a su casa. El candor legislativo pretendería afirmar entonces que si esta es la intención, debería ser expresada en la ley misma, en vez de hallarse escondida tras los términos "que son estrictos" y categóricos.

La popularidad de Leyes rigurosamente escritas, creadas para una ejecución selectiva, deriva de una variedad de motivos. Algunos de estos motivos están lejos de ser siniestros, pero ninguno de ellos es digno de un legislador consciente. En el caso del Derecho según "toque de queda" quizás lo único que sea vergonzoso es la renuncia a reconocer en el contexto verbal de la ley misma un

elemento discrecional que debe ser ejercitado al cumplirse sus propósitos.

En algunas oportunidades el factor determinante consiste en el obstáculo representado por la promulgación de una Ley que discrimine satisfactoriamente, entre las formas innocuas y perniciosas de una misma actividad. Esta dificultad se agudiza cuando se trata de promulgar leyes que proscriben los juegos de azar comercializados. No es nada fácil dictar una Ley reguladora de esta materia —que incluya el juego amistoso del *penny,* ante la rifa benéfica y la partida de bingo auspiciada por la parroquia—, ya que el azar comercial puede asumir el ropaje de causas muy loables. La vía de escape ante los problemas que implica encontrar el lenguaje que haga las distinciones necesarias es, sencillamente promulgar una Ley con gran extensión significativa, que no tolere excepciones, y luego esperar que el Fiscal hará uso "discrecional" al proceder a su ejecución. Al apreciar los peligros de esta práctica, conviene retener que si el Fiscal se ha acostumbrado ya a trabajar con leyes redactadas con amplio margen significativo, será muy difícil alejarlo de este tipo de leyes, ya que le facilitan su trabajo. Cuando lleva un indiciado ante el tribunal posee, de antemano, la certeza de que no perderá su caso en razón de subterfugios acerca del alcance preciso de las excepciones contempladas por la ley escrita. Además, sus relaciones con el acusado cobran más realce; puede llegar a decir, "no es idea mía". "Lea Ud. lo dispuesto por la ley y vea Ud. mismo lo que dice"; mediante la "intelección" así inducida, no resulta muy difícil obtener una confesión ficta acompañada de una recomendación al Juez de lenificar la sanción resultante.

Un elemento adicional, aparejado al Derecho destinado a ejecutarse en forma selectiva, es la ley de penas severas y absurdas para disciplinar *ofensas menores.* El ciudadano normal, al hojear las distintas leyes, podrá sorprenderse al encontrar infracciones menores cargadas con multas que pueden alcanzar hasta los mil dólares, y que amenazan al infractor con ruina económica al retirarles su licencia para practicar algún negocio o profesión.

El lego probablemente se preguntará: "¿Es acaso este acto tan grave como para merecer un castigo tan drástico?" La respuesta que se sigue usualmente es que esas penas amenazadoras no están realmente destinadas a aplicarse, sino que son empleadas por el Fiscal como un instrumento mediante el cual puede arrancar confesiones al acusado y, quizás, hasta su colaboración para la persecución de otros ofensores.

Existe una extensa rama del Derecho Penal en donde la integridad de la ejecución del Derecho parece verse amenazada por una tendencia natural hacia la deterioración. Se trata de esa rama jurídica que se relaciona con los llamados "crímenes sin víctimas": se incluyen aquí las infracciones tales como la prostitución, el tráfico de narcóticos, y la conducta homosexual entre adultos conscientes. Los delitos de este género requieren un sujeto que asiente pasiva y voluntariamente, e independientemente del hecho de saber que su propia acción constituye un delito, es ese mismo sujeto infractor quien será el último en acudir a la policía para denunciar a los culpables. Esta "zona fronteriza del Derecho Penal" no constituye —por razones comprensibles— un dominio preferido de la policía y de los fiscales. La dificultad que existe para detectar ofensas, hace orientar esta materia hacia una aplicación jurídica esporádica y selectiva. Aunque muchos de los encargados de hacer cumplir esas leyes piensan que algunas de ellas, por lo menos, no debieran ni siquiera aparecer en los textos legislativos, resulta curioso constatar que quienes comparten esas opiniones son a menudo quienes trabajan para garantizar la existencia de un cuerpo de leyes que haga más severas las sanciones que acompañan las violaciones de las mismas. La explicación de esta actitud paradójica ya ha sido sugerida. La policía y los fiscales, al encontrarse ante materias jurídicas cuya ejecución es particularmente difícil, probablemente ven con muy buenos ojos el dispositivo defensivo que les proporciona la amenaza de una pena drástica por incumplimiento; mediante esa ayuda —amenaza— adquieren una posición que les permite inducir confesiones y reclutar informadores.

En efecto, si indudablemente el Derecho posee sus zonas fronterizas, éstas se encuentran en las áreas a que hemos hecho referencia. En ellas los métodos de ejecución pueden llegar a ser tan sórdidos como la materia que están destinadas a reprimir. Pero cabe preguntarse: ¿Por qué estas leyes se aplican con métodos tan espúreos, si es que efectivamente llegan a ser aplicadas alguna vez? Para responder a estas interrogantes debe tenerse en mente que nadie puede abocarse al logro de un cometido que no posee ningún propósito definido. Uno de los principales objetivos del Derecho Penal consiste en disuadir a los hombres de toda conducta criminal, y cuando los agentes encargados de la ejecución material del Derecho creen efectivamente estar cumpliendo con esas miras, entonces esa actividad cobra sentido y dirección. Sin embargo, es casi imposible que el adicto a las drogas desee padecer las torturas que le acarrearía el cese de su hábito, por querer evitarse un encarcelamiento; o que el homosexual busque renunciar a sus peculiares gratificaciones por el mero hecho de que éstas han sido declaradas ilegales. Además, debemos recordar lo que ya hemos dicho: estamos en presencia de "crímenes sin víctimas". Cuando a un hombre le es robada su casa, o su hermano es asesinado, buscará ciertamente llevar su queja, en forma enérgica y decidida, ante la policía, y exigirá de ésta acción inmediata. Su presencia misma hace más patente la necesidad de hacer cumplir el Derecho, y le da sentido y finalidad al trabajo de la policía y al del Fiscal del Ministerio Público. Por el contrario, en los "crímenes sin víctimas", la ausencia de un testigo acusador confiere a estos delitos una atmósfera totalmente distinta. En estos casos es la policía la única encargada de tomar la iniciativa. Si ésta trata de actuar sin la ayuda de informadores deberá recurrir a prácticas de espionaje, y esta actividad se hace doblemente despreciable, ya que los actos sobre los cuales se extiende son sórdidos y lamentables.

Toda la extensión delictiva de los "crímenes sin víctimas" requiere una profunda revisión. La más mínima y serena investigación sociológica vale más que casi todo el peso de la indignación

moral, sea ésta dirigida en contra de la policía o en contra de las pobres criaturas que ésta persigue.

Eliminación de las oscuridades atingentes a los propósitos del Derecho: El fin del Derecho Penal

Cualquiera que haya seguido hasta el presente la exposición que hemos hecho acerca de "los problemas persistentes del Derecho", puede sentirse tentado a expresarse sobre estos problemas de la siguiente forma: Los desórdenes y los males del sistema jurídico —al menos los que surgen a pesar de las buenas y razonables intenciones—, pueden ser casi todos atribuidos al hecho de que quienes se relacionan con el Derecho no tienen una conciencia clara acerca de sus propios fines.

Si el Derecho como totalidad persiguiera un propósito general, y si cada una de las ramas autónomas llevara un fin específico, claramente delineado, entonces, todas estas dificultades desaparecerían. Dados esos supuestos, los jueces sabrían cómo interpretar el Derecho; los agentes de ejecución comprenderían su misión; y el público general estaría al tanto de lo que sucede y se hallaría capacitado para tener un juicio acertado sobre la materia. Por último, si el legislador se viera compelido a clasificar sus fines, y obligado a exponerlos simplemente, dejaría de repartir sus oscuridades en las tareas de los demás. La misión de todos recibiría un nuevo significado y dirección. En otras palabras, puede decirse que lo que necesitamos es una buena dosis de sentido común a que hace referencia Hobbes cuando escribió lo que sigue:

"...en todas tus acciones ten en consideración lo que deseas, como la cosa que ha de regir tus pensamientos para su logro". (*Leviatán,* parte I, Cap. 3).

La necesidad de este simple remedio se hace especialmente aguda en la rama jurídica que nos ha ocupado hasta el presente, el Derecho Penal. Esta disciplina jurídica se encuentra particularmente afectada por la controversia en torno a sus fines. Existen

cuatro teorías comúnmente admitidas, según se dice, sobre el Derecho Penal; esto es, cuatro teorías acerca del fin de esa rama jurídica.

Al llegar a este punto dejemos que el famoso matemático, Norbert Wiener, el padre de la cibernética, nos diga en qué consisten esas teorías y nos exprese un poco la angustia que siente ante las discrepancias existentes en torno a los fines del Derecho Penal.

El Derecho en los países occidentales demuestra su estado más insatisfactorio en el campo penal. El Derecho ya parece considerar el castigo como una amenaza tendiente a amedrentar a otros posibles criminales, ya como un acto ritual de expiación a cargo del culpable, ya como un instrumento para erradicar al hombre culpable de la sociedad y proteger a ésta del peligro representado por la repetición de la conducta delictiva, y, por último también, considera el castigo como un medio para la reforma social y moral del individuo. Se trata de cuatro fines diferentes que deben ser realizados por cuatro métodos diferentes; y, a menos de contar con una forma adecuada de balancearlos, toda nuestra actitud ante el criminal será contradictoria. Mientras nosotros, en nuestra comunidad, no sepamos qué es lo que verdaderamente deseamos, expiación, erradicación, reforma o amedrentamiento de los criminales potenciales, no lograremos ninguno de estos fines, sino tan sólo una confusión en que el crimen engendrará más crimen. Cualquier código que sea elaborado tomando un cuarto del prejuicio del siglo XIX en favor de la horca, un cuarto en favor de la erradicación del criminal de la sociedad, y un cuarto en una desvaída política del espantapájaro para ahuyentar todo lo demás, no nos llevará a nada.

Digámoslo de esta otra forma: "el primer deber del Derecho, independientemente de cuáles sean el segundo y el tercero, es saber lo que quiere" [8].

---

8. Norbert Wiener, *The Human Use of Human Beings,* Hougton Miffin Co., Boston, 1950, pp. 116-117.

Son estas palabras muy duras. Pero tomemos muy en serio su mensaje y veamos qué puede hacerse para llevar a cabo el programa que proponen.

Primero, es posible afirmar —y se ha afirmado en muchas oportunidades—, que deberíamos comenzar por eliminar totalmente del Derecho Penal la idea que la función del mismo es hacer que el hombre culpable "pague" su crimen. Esta justificación del Derecho Penal ha sido calificada como brutal y primitiva, como una sobrevivencia anacrónica, según palabras de Wiener, del "prejuicio inglés del siglo dieciocho en favor de la horca". Esta idea debe ser entonces radicalmente suprimida —se sostiene— de todo sistema civilizado de justicia.

Pero la primera pregunta que debe ser encarada es la siguiente: ¿Puede ser eliminada? Si no existieran penas para los criminales, resultaría lógico suponer que muchos actos actualmente sancionados por el Estado se convertirían en objeto de venganzas personales. Una venganza privada, no disciplinada jurídicamente, desembocaría, inevitablemente, en una guerra de represalias y contrarrepresalias. Y no puede decirse que estas condiciones fueron del todo desconocidas por las sociedades primitivas. Una de las antiguas raíces del Derecho Penal moderno arranca, precisamente, de las primeras oportunidades en que se ejerció un control social sobre los actos de venganza privada, para luego someterlos a un régimen tarifario que limitadamente permitía retribuciones.

Existe el famoso comentario de Sir James Fitzjames Stephen, quien afirmó que el Derecho Penal guarda con el instinto vengativo, una relación idéntica a la existente entre el matrimonio y el instinto sexual. Ambos rigen y controlan impulsos atávicos de la naturaleza humana, y en caso de no lograr una canalización legítima, pueden desatar manifestaciones licenciosas. Ahora bien, es claro que esta fundamentación o justificación del castigo no puede ser extendida a toda la gama de crímenes que aparecen consagrados en los Códigos penales modernos. Esa justificación implica la existencia de una persona que haya padecido, en sí

mismo, o en un allegado, una profunda ofensa. Quedando, en consecuencia, fuera de su dominio los llamados "crímenes sin víctimas". Y posee tan sólo una vigencia atenuada en lo relativo a los crímenes en donde la "víctima" es el interés público, como es el caso, por ejemplo, en que la conducta criminosa consiste en una malversación de fondos públicos. Aun cuando la conducta malversadora despierta, sin duda alguna, la indignación colectiva, resulta difícil pensar que aun el ciudadano más consciente siente el deseo compulsivo de ejercitar violencia física sobre el autor del hecho.

Sin embargo, y llegados a este punto, se abre otra posibilidad justificadora de la teoría retributiva en el Derecho Penal. Wiener se expresó sobre ella calificándola de "acto ritual de expiación a cargo del culpable". Pues bien, de ningún modo puede afirmarse que la conducta ritual o simbólica sólo sirve a los fines sociales en las sociedades primitivas. Existe una opinión fundada, especialmente esgrimida por algunos psicoanalistas, que sostienen que el juicio y la condena públicos del criminal alimentan la función simbólica que tiende a fortalecer la creencia social de que existen ciertos actos que son esencialmente recriminables, que no deben ser realizados. Este criterio es particularmente persuasivo, precisamente en aquellos casos en que el crimen o delito en cuestión, no despierta instintos de venganza personal; ello en razón de que el daño ocasionado está dirigido al interés colectivo y no al individual. Encajan dentro de esta situación los delitos "burocráticos" (white collar), tales como la malversación de fondos, el tráfico de influencias, el soborno. Bajo ciertas circunstancias sociales puede llegarse al caso extremo de que el deterioro general del sentido moral sea tal, que casi absuelva de toda culpa la comisión de estos actos.

Existen muchas ocasiones de la vida en sociedad en que los hombres —funcionarios públicos, o ejecutivos de empresas— deben decidir entre postulantes que esperan obtener la misma ventaja. El agente de compras de una compañía, por ejemplo, debe decidir si celebra un contrato de suministro con la firma

productora Acme o con la Exatronics; el funcionario público debe escoger para el cargo a uno entre varios postulantes. Ante una situación semejante —permanente en toda sociedad compleja— existe una tendencia natural hacia el desarrollo de un cierto sentido de reciprocidad entre los que buscan posiciones y quienes controlan el acceso a ellas. Esta reciprocidad puede iniciarse a un nivel relativamente innocuo como es el mero intercambio de usos sociales. Pero posee una fuerte tendencia hacia su conversión en formas de expresión mucho más tangibles. Lo que en un comienzo se revela como una estimación recíproca puede gradualmente convertirse en un intercambio de bienes materiales: lo que tuvo su origen en el agradecimiento por favores pasados es susceptible de cambiar de sentido y constituirse, con el tiempo, en el anticipo de favores venideros. Cuando este anticipo adquiere la forma explícita de un negocio de cambio estamos, obviamente confrontándonos a un evidente soborno.

El argumento más frecuente por parte de quien acepta o induce el soborno, es alegar que sólo siguió la práctica que lo rodeaba. Que sólo hizo directa y abiertamente lo que otros estaban haciendo indirecta e hipócritamente. En semejante atmósfera moral puede caber el siguiente razonamiento: los hombres necesitan que se les restituya el sentido de responsabilidad; deben ser inducidos a ver que ciertas cosas son esencialmente malas y que nada importa el número de personas que acompañan en su conducta errada al que la realiza. Para poder cumplir con ese propósito, un "acto ritual de expiación" puede no ser la medida más adecuada.

Antes de ceder a un entusiasmo acrítico, en relación con esta función del Derecho Penal, debemos retener que el ritual de la expiación pierde todo su valor, si los encargados de aplicarlo no poseen la debida autoridad moral. Si los órganos ejecutores están ellos mismos corrompidos; si la administración de la justicia es laxa y parcializada, entonces cualquier intento realizado por ellos para reanimar la conciencia sobre la responsabilidad pública no cumplirá otro propósito que el de sembrar la con-

fusión. Además, el derecho que proporciona la ocasión para la expiación debe hallarse él mismo libre de toda mancha moral. En verdad, sería grotesco escoger, para propósitos de moral pedagógica, cualquiera de las disposiciones legislativas existentes en los *textos* de leyes. Tomemos, por ejemplo, una ley lograda por los detallistas del comercio de licores con el objeto de aumentar sus beneficios, fundamentando dicha ley en que el alza de precios en licores induciría la sobriedad en el consumo de la ciudadanía; argumento éste que se hace doblemente sospechoso si se le acompaña de la pretensión consistente en afirmar que los precios altos son necesarios para mantener en actividad a pequeños expendios de licores, los cuales, de esta manera, pueden ser fuente de abastecimiento al alcance de cada ciudadano. En caso de que nuestros textos legislativos se hallaren saturados de leyes semejantes, sería conveniente, antes de decidir la instauración de un altar de sacrificios para inmolar al transgresor de la ley, someter las propias cámaras legislativas a una limpieza y fumigación exhaustivas.

Recordemos que hasta el momento hemos estado concentrando nuestra atención sobre las posibles justificaciones del criterio que atribuye al Derecho Penal el simple y conocido fin de infligir castigo; de hacer recaer sobre el transgresor alguna pena o sanción. Hemos analizado dos de esas justificaciones. La primera de ellas contempla al Derecho Penal como actuando en lugar de los agraviados por el acto criminal y sustituye así bajo el control público la venganza que las víctimas hubiesen buscado satisfacer al margen de las formas prescritas por el Derecho. La otra justificación atribuye al Derecho la tarea de mantener despierta una conciencia de culpa, o, en palabras de un psicoanalista, de proveer "una alimentación para el superego". Ahora bien, ambos argumentos probablemente ejercerán una fuerte atracción para aquellos que poseen una inclinación racionalista o utilitarista. Tampoco aumentará la sugestividad de esa justificación en los intelectos de ese temperamento por el hecho de que uno de los argumentos descansa en prácticas primitivas, y el otro cuenta entre sus partidarios más encumbrados

a ciertos discípulos de Freud, quienes imparten una pronunciada coloración moral a las enseñanzas del maestro.

No obstante, existe otro argumento en favor de la teoría retributiva. Este ejerce su atracción sobre mentes de la más sobria y previsiva disposición. Consiste en un cambio en el foco de la atención; éste pasa del criminal al hombre honesto. Parece resultar inhumano y brutal infligirle un daño deliberado a un hombre culpable simplemente porque ha causado un perjuicio a otro. ¿Y qué diríamos entonces del ciudadano que cumple las leyes? ¿Acaso no debe obtener ninguna recompensa a cambio del voluntario acatamiento de los límites impuestos por el Derecho? Al avalar la fuerza de este argumento debe traerse a colación que, en una gran cantidad de contextos circunstanciales, el castigo y la recompensa aparecen como las dos caras de la misma moneda. Supongamos, por ejemplo, que una ley dispone que cualquier automovilista que sea declarado culpable de una violación de tránsito será penado con el pago de un aumento en la prima de su seguro de automóvil. Si se deduce de semejante ley una consecuencia penal ofensiva, bastará, para eliminarla, con entenderla como recompensando la diligencia en el manejo, y no como sancionando al automovilista negligente. De esto resulta que sobre toda la gama de delitos penales puede afirmarse que es necesario mantener un equilibrio adecuado aventajando al ciudadano respetuoso frente al criminal, bien sea mediante la entrega de una recompensa por el cumplimiento del Derecho, bien sea mediante la imposición de una pena por la violación del Derecho. Ciertamente en la mayoría de los casos resultaría prácticamente imposible (por no decir absurdo), conferir algo así como un premio por obediencia del Derecho. Por consiguiente, nos vemos constreñidos a obtener esto indirectamente a través de la imposición de una desventaja a quien sea declarado culpable de contravertir el Derecho. Así el hombre que se acoge voluntariamente a las normas jurídicas quedará sin compensación alguna, a menos de que se acuda al expediente anteriormente descrito.

Basta entonces de argumentos favorables a la retención, al menos como uno por lo menos de los propósitos del Derecho Penal, de la conocida noción de castigo. Veamos ahora el fin que se encuentra al otro extremo del castigo; se trata de la rehabilitación o reforma del delincuente. En efecto, así como el castigo es a menudo considerado como el objetivo más brutal que puede serle asignado al Derecho Penal, la rehabilitación ha sido considerada como el más humano.

A primera vista puede suceder que no aparezca ninguna incompatibilidad entre estos dos propósitos, hasta podrían presentarse como complementarios. Podemos afirmar, por ejemplo, que no existen razones que puedan oponerse a que el individuo declarado culpable, que haya sido enviado a prisión, mientras dure su reclusión, pueda ser adiestrado en un oficio, recibir ayuda psiquiátrica y, en general, ser preparado para enfrentarse más adecuadamente a las exigencias que le planteará su vida, una vez que sea liberado.

Sin embargo, este no es el criterio dominante de quienes les gustaría ver la rehabilitación convertirse en el interés dominante y central del Derecho Penal. Tienden a pensar —con algún fundamento— que la degradación moral implícita al castigo constituye un obstáculo para la realización del ideal que persiguen. Es indudable —y con mucho menos razón— que a los partidarios más radicales del ideal de la rehabilitación les gustaría iniciar todo su programa mediante una purga administrativa completa del Derecho Penal, buscando así borrar todo vestigio del concepto de pena.

Existen sólidas razones para estimar que eso no puede realizarse, y no que no debe ser intentado. En primer lugar, no existe actualmente nada que pueda denominarse ciencia de la rehabilitación. El lugar que ocuparía una ciencia de ese tipo es un campo de batalla para las escuelas teóricas que se enfrentan. En este campo se dan cita teorías behavioristas, psicoanalíticas, mecanicistas, moralizadoras; así como personas que humildemente aspiran lograr una oportunidad para ejercitar su altruismo intui-

tivo; pero a pesar de la existencia de este conflicto metodológico, esto no implica que no se haya logrado nada. Al contrario, la dedicación, la habilidad y la agudeza de individuos dedicados enteramente a los ideales de la rehabilitación han logrado verdaderos milagros. Pero hasta el presente no existe una auténtica ciencia de la rehabilitación; no existe ninguna certeza en la mensuración de las posibilidades de éxito para casos individuales; ni tampoco se cuenta con un procedimiento que arroje un margen de éxito confiable.

En este estado de desarrollo es ciertamente muy peligroso tratar de eliminar del Derecho un objetivo como la imposición del castigo, que al menos resulta conocido y no del todo carente de justificación racional. Debemos también recordar que este objetivo posee límites intrínsecos. Si bien es cierto que no existen principios que permitan fijar exactamente las penas apropiadas a cada crimen particular, sí existen, por el contrario, consideraciones de sentido común que revelan, por ejemplo, que una sentencia que condene a perpetuidad es inadmisible como sanción por un hurto simple. Por el contrario, el principio de la rehabilitación no posee ningún principio de anulación intrínseco. A menudo se hacen públicas historias increíbles en que un inofensivo lunático es recluido en un asilo para recibir, tratamiento, y luego permanece décadas enclaustrado. Una extensión mecánica, acrítica, del ideal de la rehabilitación, a todo el Derecho Penal podría conducir muy fácilmente a la frecuente multiplicación de incidentes de esa naturaleza.

Tales hechos en verdad son mucho más frecuentes que lo que normalmente se piensa. En muchos Estados, en donde se plantea la cuestión de la salud mental de una persona indiciada de algún crimen, existe un procedimiento que remite a un psiquiatra estatal, o a una junta de expertos, la decisión acerca de si el acusado es "apto para poder ser sometido a juicio". El criterio que prevalece sobre esa materia —muy razonable, por lo demás—, es de que si una persona se encuentra perturbada en su juicio no puede colaborar con su abogado defensor y, en consecuencia,

mal puede hallarse en condiciones de ser juzgado. Si la decisión determina que la persona en cuestión no es capaz de ser sometida a juicio, entonces es confinada a un asilo mental, y su reclusión puede verse prolongada indefinidamente. Además, según el orden jurídico de numerosos Estados, si el enfermo mental presenta graves problemas de conducta, de disciplina, en su reclusión, puede ser transferido a una penitenciería o prisión regular. La ironía del resultado en estos casos es evidente: un hombre que ha podido ser juzgado y sentenciado a cinco años de prisión, acaba por pasar el resto de su vida, en la misma prisión, esperando ser declarado apto para ser sometido a un juicio.

Si se piensa que todos estos resultados grotescos están asociados con la noción de rehabilitación y cura, entonces podemos apercibirnos en algo del peligro que acecha cualquier intento por suplantar, radical y precipitadamente, según sea el caso, el objetivo pena por el de cura. Una faceta diferente del problema se revela al inquirir si en realidad el cambio —en lo relativo al fin del Derecho Penal—, redime del estigma de convicto, que es, justamente, lo que los partidarios de la rehabilitación encuentran más objetable. ¿Acaso los hombres sienten menos vergüenza al ser declarados formalmente insanos que al ser declarados culpables de violar unas normas? Un observador perspicaz ha afirmado que es más atentatorio en contra de la dignidad humana de someter a un hombre a una rehabilitación compulsiva que castigarle. La verdad de esta afirmación se comprueba; puede ser plenamente apreciada si cualquier pariente se interroga para saber si prefiere que su hijo sea retenido en el colegio después de clases por mala conducta, o para recibir instrucción especial —adaptada a su capacidad—, como consecuencia de su estupidez.

La divergencia verdaderamente fundamental entre las teorías primitivas y rehabilitadora emerge a la superficie cuando nos preguntamos: ¿"Bajo qué circunstancias se justifica una intervención social forzosa en la vida del individuo"? La respuesta

de la teoría represiva es pasablemente clara: "Cuando un individuo ha sido declarado culpable de haber cometido un acto que la ley considera como crimen. La determinación acerca de si efectivamente cometió dicho acto será obra de un juicio público, que se conducirá de acuerdo con las formas prescritas por las leyes". Ahora bien, existen una serie de razones que explican por qué este modo de implementar la necesidad de una intervención social resulta insatisfactorio para los adictos al ideal de la rehabilitación. En primer lugar, —un juicio público, con su necesaria confrontación dramática— en algunas oportunidades el Fiscal del Ministerio Público y el abogado de la defensa se enfrentan con la intención de captar la atención de los periodistas—, es ciertamente un pobre y poco halagador comienzo para el desarrollo de un programa que busca facilitar la adaptación del delincuente a las exigencias de la vida cotidiana. Además, el énfasis puesto por el Derecho en la comisión de un único acto delictivo es, de por sí, inconciliable con la teoría de la rehabilitación. Desde el punto de vista terapéutico, la comisión de un acto criminal es tan sólo un índice más, entre otros, acerca de la necesidad de un tratamiento curativo. Y, aún en el caso de que pudiera, por sí, solo, bastar como índice suficiente para la aplicación necesaria de dichas medidas, quienes crearon y promulgaron la enumeración legal de tipos delictivos, de delitos, ciertamente no tenían esas medidas curativas en mente. Cuando decidieron tipificar como delictivos ciertos actos específicos pueden haber pesado el daño causado a otros por el acto o conducta en cuestión. Sopesarían también la propensión a la imitación implícita en esos hechos, y otras tantas consideraciones. Es muy poco probable que se hayan interrogado para saber si la conducta en cuestión podía apuntar la necesidad de acudir a alguna medida curativa, y si estas tenían alguna posibilidad de éxito en su aplicación. Aún en el supuesto de que todas estas dificultades fuesen superadas, el ideal de la rehabilitación permanecería insatisfecho mientras la aplicación de un tratamiento curativo deba quedar supeditado a la materialización efectiva de las inclinaciones antisociales de la conducta. Esto en virtud de

que la rehabilitación tiende a la prevención. Si el delito es la resultante de ciertos impulsos rectificables, es razonable suponer que esos impulsos deben existir en muchas personas, que, hasta ese momento, no han tenido ocasión de expresarlos abiertamente. ¿Por qué entonces no tomar medidas antes de que el daño sea consumado? ¿Por qué no someter toda la población a una especie de redada profiláctica para descubrir a quienes deben serles exterminadas esas tendencias criminosas latentes?

Evidentemente no es necesario demostrarlo: cualquier tipo de paternalismo inquisidor como el anterior no será jamás aceptado en una sociedad libre. Igual suerte correrían una gran cantidad de medidas que se acercan un tanto a esa vigilancia tan estricta. Por ejemplo, es muy difícil imaginar que se pueda tolerar un sistema en que, en vez de un juicio abierto, en un tribunal, sea un silencioso y hermético comité de investigadores sociales el que determine si un individuo debe ser sometido a un confinamiento obligatorio.

En consecuencia, pues, la tendencia rehabilitadora recibe en sus manos el material humano que posee (1) el sello del delito (2) que ha sido seleccionado con base a patrones que no reflejan adecuadamente, ni la necesidad de acudir a medidas curativas, ni las posibilidades del éxito de su aplicación. Es ésta una situación ante la cual los más ardientes partidarios de la rehabilitación mal pueden estar satisfechos. No obstante, lo que está en juego no es el repudio del ideal rehabilitador, sino un compromiso al cual debe forzosamente someterse ese ideal en favor de las exigencias de la libertad, de la dignidad humana y de la garantía constitucional del debido proceso legal *(due process*)*. Actualmente ese compromiso cuesta más de lo debido y en especial, el juicio penal, tal y como frecuentemente se desenvuelve, es

* Concepto doctrinal del derecho constitucional norteamericano inferido judicialmente de la interpretación del artículo 14 *in fine* de la Constitución federal. Funge de derecho individual, de garantía fundamental del individuo frente a cualquier arbitrariedad pública. Es igualmente reflejo de las concepciones ideológicas que sustentan los magistrados norteamericanos.

indigno de cualquier fin que pueda serle asignado al Derecho Penal. Pero concediendo mejoras, sobre este punto y sobre otros, en la administración del derecho, algún elemento de compromiso entre finalidades contrapuestas debe existir.

En otras palabras, para el futuro previsible las teorías punitiva y retributiva se hallan condenadas a vivir una delicada alianza de la cual ninguna puede escapar. Al igual que un matrimonio infeliz, en el cual ha sido excluido el recurso a acciones efectivas, la frustración resultante se inclina por abrirse paso verbalmente.

Es así como encontramos, entre los partidarios de la teoría de la rehabilitación, a quienes intentan escribir de nuevo todo el vocabulario del Derecho Penal. Recurren, para esto, a términos que se adaptan mejor a sus objetivos. Un *proyecto* de Código recientemente preparado para una de las nuevas naciones, exigió una revisión radical de toda la terminología delictiva. El Código mismo fue creado no como un Código Penal o Criminal, sino como Código Correccional. La palabra arresto fue cambiada por la expresión: "estado de custodia temporal". La palabra delito fue definida no como una ofensa en violación del Derecho, sino como "una condición sujeta a corrección". Lo menguado que resultó ser esa alteración puede apreciarse si sopesamos las connotaciones presentes de expresiones tales como "reformador" y "correccional" frente a las esperanzas primigenias que seguramente asistieron a aquellos que forjaron esos términos.

La tentativa por trocar la terminología del Derecho Penal en palabras más suaves obedeció sin duda a motivos encomiables y, en cualquier caso, puede aparecer como relativamente innocua. Sin embargo, esa tendencia es todo menos que inofensiva cuando se busca extenderla hasta cubrir la definición del delito mismo. Cuando dicha definición se suaviza más allá de un cierto grado, entonces el significado del principio del *debido proceso legal* es destruido. Uno de los principios rectores del ideal rehabilitador es el de la "flexibilidad". Su objetivo fundamental es tratar no el acto, sino la persona; y toda persona es considerada en una

cierta medida como un caso especial. Este criterio, con sus debidas calificaciones, merece su recomendación cuando se relaciona con los fines que han de perseguirse *después de haber sido convicto el indiciado.* Empero, la situación se presenta radicalmente distinta cuando los fines de flexibilidad se extienden a la difinición misma del delito. Si las palabras que se emplean cuando un hombre es declarado culpable o inocente de una acción delictiva son palabras que reciben una concatenación imprecisa, entonces las garantías para un sano juicio devienen insignificantes. No es posible medir el trato equitativo utilizando una vara elástica.

Tampoco es totalmente inocente la nueva denominación cuando se refiere a materias distintas de la definición del delito. El encarcelamiento, reciba el nombre que reciba, es una imposición desagradable; y la disciplina que debe regir a todos los seres humanos sujetos a un confinamiento reclusivo no puede llegar a ser jamás una situación agradable para los que lo soportan. Cuando se hace un intento por esconder las duras realidades de la justicia criminal, amparándose en descripciones eufemísticas, una ironía corrosiva puede invadir el lenguaje cotidiano que se hace tan aterrador como el *Newspeak* de Orwell. Un observador atento, al informar sobre su visita a una institución para jóvenes con problemas de conducta narró el siguiente incidente: uno de los muchachos, que había violado una norma disciplinaria fue "obligado a permanecer de pie ante una pared mientras un chorro de agua proveniente de una manguera de incendios, de sesenta y cinco libras de presión, le era apuntado a su espalda". Este procedimiento obedecía a la denominación de "hidroterapia". Que esta nomenclatura no es absolutamente una invención moderna resulta comprobado por el empleo de una expresión de largo uso, como es la "cura de agua". Esa expresión tiene su desagradable parentesco en el familiar: "eso te servirá de lección", que acompaña tan frecuentemente los actos de pura retaliación.

Al buscar un lugar apropiado para la rehabilitación dentro de la administración global de la justicia criminal, no debemos

imaginar que la realización de este ideal será confiada a unos cuantos desprendidos y perspicaces investigadores sociales. La persona sometida a medidas curativas establece inevitablemente la mayor parte de sus más íntimas relaciones con ayudantes y dependientes que son simples seres humanos expuestos a las flaquezas humanas. Si a estas personas les es encomendada una tarea que no comprenden y se les obliga a emplear un vocabulario ajeno a sus motivaciones cotidianas, el resultado es naturalmente hipocresía, ineptitud y hasta en alguna medida, crueldad. En efecto, cuando a un hombre se le obliga a cumplir una actividad no teniendo una auténtica fe en ello, una ley de la naturaleza humana hace aflorar las peores cualidades.

Antes de dar por agotado el tema de la rehabilitación sería conveniente recordarle al lector, una vez más, que existen diferentes especies de delitos que se encuentran plasmados en los textos legislativos. Existe un hábito, en la mayoría de las discusiones sobre la teoría del fin del Derecho Penal, que consiste en emplear el término genérico de delitos, y lo que despierta esa palabra en el trasfondo mental son actos de violencia típicos tales como el asesinato y la violación. Pero en realidad no son estos delitos los que forman los capítulos más extensos del Derecho Penal. Y en lo que refiere a la rehabilitación, sería sin duda alguna una incongruencia, por decir algo, si el presidente de una compañía fuera entregado a un cuerpo de psiquiatras para curarle el pésimo hábito de infringir las leyes antitrust. Cuando hablamos de curar en una persona una inclinación determinada hacia el delito, no debemos olvidar la diversidad de tipos delictivos que forman las clasificaciones delictivas modernas.

Nos queda por tratar brevemente las dos funciones o fines teóricos restantes del Derecho Penal: disuasión y prevención.

En definitiva no hay una incompatibilidad fundamental entre la teoría penal y el objetivo perseguido por la disuasión. Los estudiosos discuten por saber si la amenaza punitiva produce efectivamente una disuasión. Se cuentan historias de los días de los ahorcamientos públicos en Inglaterra, cuando un hombre po-

día ser ahorcado por una gran variedad de ofensas menores, incluyendo el robo. Se dice que los carteristas se aprovechaban de esas ocasiones para intensificar su comercio con lo ajeno, especialmente cuando el ahorcamiento se estaba llevando a cabo, y todos los ojos se fijaban en la figura que pendía al final de la cuerda. Irónicamente, la figura del desdichado personaje era muy frecuentemente un carterista convicto.

Cualquiera que sea la moraleja que derive de esas historias, el sentido común nos dice que el miedo al castigo debe ejercer, sobre algunas personas, una acción de disuasión delictiva. Un sistema penal basado en la pena engendrará, como producto consecuencial, esa especie de disuasión. Por consiguiente, pues, no existe ninguna incompatibilidad esencial entre las teorías disuasiva y penal.

Una cosa debe quedar claramente sentada, y es que ningún sistema penal civilizado puede asumir exclusivamente como fin la disuasión. Esto implicaría que cuando un individuo es declarado culpable de la realización de un hecho delictivo, lo que le sucede, como consecuencia de ello, no tiene ninguna relación con lo que se merece, sino que sería juzgado únicamente en función del efecto que dicho acto tiene sobre los demás. Es, en verdad, bastante cierto que durante una verdadera o imaginaria "ola delictiva" las sentencias emitidas tienden a ser algo más severas que las dictadas bajo condiciones normales. En este sentido el objetivo de la disuasión puede formar parte e imprimirle una dirección específica de la administración del Derecho. Pero esto es algo enteramente distinto a hacer de la disuasión el único o principal objetivo del Derecho Penal. Nadie puede seriamente recomendar, cuando algo anda mal, y no se pueda ubicar al culpable, que se revierta a la antigua costumbre de ejecutar al *último hombre.*

En relación con la teoría de la prevención nuevamente nos encontramos con que tampoco existe una incompatibilidad entre ella y el objetivo primitivo. Muchas modalidades actuales de la pena (contrastando con el cepo y el azote) sirven para aislar

al criminal por un cierto período, y, durante ese tiempo impide que éste repita su acción.

Esto no quiere decir que la administración del Derecho pueda desentenderse de la prevención como objetivo separado, y presuponer que esa finalidad será lograda por intermedio de un sistema orientado hacía objetivos de la teoría penal. Por una parte existe el conocido hecho que durante la prisión del delincuente éste a menudo recibe, de sus compañeros, más experimentados, una serie de nuevos artificios que le servirán para proseguir su carrera una vez que sea liberado. Y aunque esta posibilidad plantea una serie de difíciles problemas relativos a la administración de prisiones, ello no despierta ninguna tensión jurídica entre los objetivos de la pena y la prevención.

Al igual que sucede con la disuasión como fin del Derecho Penal, resulta difícil imaginarse un sistema delictivo exclusivamente dedicado a la prevención. Sí existe, sin embargo, una rama del Derecho Penal que se acerca a esta orientación. Esta se encuentra en las Leyes relativas a los psicópatas sexuales. Si fuera posible curar a estas personas de esas peligrosas tendencias, esa posibilidad ofrecería un argumento poderoso para suplantar la pena por un sistema exclusivamente dedicado a las medidas curativas. Desgraciadamente una curación semejante no está claramente garantizada. Y si no es posible hacerlo, entonces conviene, al recordar, por ejemplo, las cicatrices psíquicas que pueden quedarles gravadas a los niños ante los amagos o atentados de esos psicópatas, que ellos sean indefinidamente aislados a una distancia prudencial de la sociedad. Pero aquí vuelven a presentarse problemas de equidad y de procesos justos que complican el problema. Queda por saber si una persona de éstas debe ser declarada culpable de la comisión de un crimen antes de ser recluida, o si basta con que los psiquiatras le consideren como una amenaza potencial. Una respuesta tajante a preguntas de esa naturaleza se halla vedada, por cuanto nuestro conocimiento de las condiciones fundantes de esos hechos es imperfecto, y lo que aparenta ser una respuesta dada en nom-

bre de la ciencia no es, a menudo, sino escasamente algo más que una simple adivinanza. Siendo este el estado de la materia, no nos encontramos preparados todavía para efectuar una resolución final entre las teorías conflictivas del Derecho Penal y aquí, como en otras cosas, es necesario llegar a una especie de equilibrio precario.

Las Leyes y las instituciones jurídicas obedecen a una pluralidad de propósitos

En la extensa discusión acerca de los fines del Derecho Penal que acabamos de concluir, comenzamos —debemos insistir sobre ello— preguntándonos si el Derecho Penal podía o no ser clasificado, y si sus normas podían hacerse más precisas al conferirle, en vez de una pluralidad de fines, un único propósito. Llegamos a la conclusión de que esto no podía hacerse. Además, adoptar para la totalidad del Derecho Penal un único objetivo distorsionaría y deshumanizaría la naturaleza del mismo. Esto es ciertamente una verdad en relación con la tensión, aún no despejada, entre los fines de la pena y rehabilitación. Querer consagrar el Derecho Penal a la sola prosecución del fin punitivo, en forma rigurosa y queriendo excluir, al hacerlo, toda esperanza o posibilidad rehabilitacionales, implicaría reducir el Derecho Penal a una expresión primitiva del instinto de retaliación. Por otra parte, una rehabilitación divorciada por completo de toda preocupación tendiente a repartir los castigos merecidos, libre de toda imposición legal, en el sentido de abstenerse de toda búsqueda entre la ciudadanía con el objeto de encontrar sujetos aptos para la recepción de sus ingratas atenciones, esto sería verdaderamente intolerable en una sociedad libre.

Nos encontramos ahora listos para tratar una cuestión más amplia. ¿Puede decirse que las instituciones y normas del Derecho en general se hallan al servicio de una multiplicidad de fines? La respuesta ha de ser afirmativa.

Concentremos nuestra atención sobre un conjunto de normas lo más posiblemente alejadas del Derecho Penal. Como sabe todo el mundo, existen unas normas jurídicas que disciplinan las formalidades que deben seguirse con el objeto de hacer efectivo un acto jurídico; un último legado y una disposición testamentaria, por ejemplo, pueden requerir la presencia de dos o más testigos, quienes deben firmar el documento atestiguando que se hallaban presentes cuando el testador estampó su firma. Igualmente, ciertos contratos no son válidos a menos de ser formalizados por escrito y ser firmados por las partes contratantes.

¿Cuál es el objeto de esas formalidades? Una respuesta exhaustiva exigiría un extenso análisis que nos llevaría muy lejos de nuestro tema. Podemos, no obstante, distinguir sin ningún riesgo dos objetivos principales, ambos claramente distintos. El primero consiste en que el fin que esas disposiciones buscan garantizar es que la transacción sea registrada y preservada de una manera fehaciente. Sería muy lamentable, por ejemplo, si la repartición de la herencia del testador dependiera de una recopilación de afirmaciones orales hechas por él durante su vida. Ni mencionemos tampoco la invitación al fraude que se ofrecería en caso de adaptarse un procedimiento tan laxo para la reconstrucción de las intenciones del fallecido, y que ese procedimiento recibiera consagración legal. El segundo consiste en querer despertar en las partes contratantes una conciencia clara y objetiva de los actos que están realizando. Muchas personas dispuestas a manifestar abiertamente sus intenciones de futura esplendidez se detendrían, pensarían, y hasta se abstendrían, en caso de que les fuera pedido estampar esas afirmaciones por escrito. El Derecho necesita, en otras palabras, buscar establecer una línea de demarcación clara para la expresión de las intenciones jurídicas.

Una cierta formalidad puede servir aceptablemente a uno de estos propósitos y fallar al servicio del otro. Esto es verdad en el caso del testamento ológrafo. En algunas jurisdicciones un testamento escrito, fechado y firmado por el puño y letra del

testador, es válido sin ningún otro requisito. Tal exigencia formal sirve razonablemente el objetivo de constituir una prueba relativamente suficiente del registro de la intención del testador. Pero, por otra parte, habiendo sido realizada en privado y consistiendo, por ejemplo, en un párrafo insertado en una larga carta informal, sirve de muy poco a los efectos de despertar la conciencia de las implicaciones, significación e importancia, de lo realizado por el testador. En los Estados en donde es válido el testamento ológrafo, los tribunales se hallan constantemente debatiendo el problema del trazado de una línea divisoria entre expresiones que son definitivamente "testamentarias" y otras que simplemente registran alguna esperanza o deseo fugaz.

La oscuridad sobre la función precisa que cumple un requisito de forma, a menudo estorba la interpretación de las exigencias formales. En muchos sistemas la promesa de fianza (alguien que garantiza el pago de una deuda debida por otro) debe ser formalizada por escrito. Ahora bien, estas exigencias formales son frecuentemente interpretadas extensivamente por los tribunales: en caso de que las circunstancias ofrezcan una protección suficiente en contra de los peligros que se buscan evitar por medio de la solemnidad escrita, entonces la exigencia formal puede ser desechada. Supongamos que aunque la supuesta promesa de fianza sea enteramente oral, la prueba señala que el fiador aceptó el pago, una suma de dinero por su actuación como garante. ¿Basta ésto para hacer jurídicamente válida la promesa en cuestión? Si el objeto de la formalidad escrita es advertir al contratante que ha pasado de la simple esfera de las tractaciones al dominio de la responsabilidad jurídica, entonces podría decirse que la aceptación del pago cumple casi la misma función que la solemnidad escrita. Por otra parte, si el propósito de la forma escrita es asegurar un recuento digno de los términos de la gestión —qué deudas abarca, cuánto tiempo se cubre, y cosas semejantes— entonces la prueba de que el pago fue aceptado es un substituto menos satisfactorio de la forma escrita, aunque no debe llegar a pensarse que sea totalmente irrelevante a tales efectos, ya que la cantidad pagada y aceptada

proporciona alguna indicación en lo que se refiere a la naturaleza del negocio jurídico.

En estos casos la tensión entre los fines opuestos de una misma disposición legislativa, presenta complicaciones relativamente innocuas. Las implicaciones de esa situación difícilmente pueden equipararse a las surgidas a raíz del conflicto entre las teorías punitivas y rehabilitadoras en el Derecho Penal. No obstante, es necesario tener presente que los problemas provenientes del hecho de que las disposiciones legales e instituciones están sujetas a una multiplicidad de fines, son problemas constantes. Y ellos introducen lo que pudiera llamarse un dilema permanente en la administración del Derecho.

En efecto, en el concepto mismo de Justicia se halla un conflicto o tensión latente entre concepciones opuestas acerca del fin que debe perseguir la Justicia. Por una parte, existe lo que se ha llamado la justicia legal; una justicia que requiere que nos atengamos a las normas pautadas y que no se hagan excepciones a favor de determinados individuos; una justicia que pretende que todos los hombres deben vivir bajo un mismo "estado de Derecho" y que todos se encuentren igualmente regidos por sus dispositivos. Por la otra, existe la justicia "eximente"; una justicia pronta a trazar excepciones en aquellos casos en que las reglas establecidas se ejerzan con una severidad inesperada en casos individuales; una justicia presta a restringir la letra de la Ley con tal de poder llegar a un resultado justo.

Veamos como estas dos concepciones pueden trabarse en conflicto en la decisión de los casos reales. Supongamos que una Ley disciplina las posibles consecuencias que acarrearían las aceras heladas en invierno. La Ley parte del supuesto de que los propietarios de las casas deben mantener las aceras en un estado relativamente seguro para el uso de negociantes y de los visitantes que ocasionalmente puedan transitar por ellas; esto es, pues, de la responsabilidad del dueño de casa. Para hacer efectiva esa responsabilidad la Ley dispone que el dueño de casa deberá responder por los daños y perjuicios que le sean

causados a cualquiera de esas personas como consecuencia de haber dejado las aceras heladas. Responsabilidad que ha podido, por supuesto, obviar si hubiese raspado el hielo, o si lo hubiese rociado de arena o de ceniza. El dispositivo legal establece que no prospera ninguna demanda que lo invoque, a menos que el dueño de casa tuviera conocimiento del daño, al ocurrir éste, o que le hayan sido notificados, dentro de los diez días siguientes por la parte agraviada, el hecho y las circunstancias que le acompañaron. La razón de ser de esta exigencia es aparentemente clara. En temperaturas bajo cero y especialmente durante los períodos en que existen alternancias entre heladas y deshielos, es muy difícil fijar, y casi imposible probar, cual es la condición efectiva de las aceras —digamos— durante un mes. La responsabilidad impuesta al dueño de casa es estricta y no debe quedar expuesto a demandas infundadas o temerarias que por su posición no se halla en capacidad de refutar.

Supongamos que el Sr. X, un agente electoral deambulante afirma que el 10 de Febrero resbaló y se torció el tobillo en la acera del Sr. Y, porque dicha acera estaba cubierta de hielo. Y, sin embargo, para el momento en cuestión, estaba ausente. Se le participó por primera vez el accidente el día 5 de Mayo, es decir, cuando X le visitó con un abogado y le amenazó con demandarlo. De acuerdo con los términos de la norma, la demanda de X no prosperará. X afirma, sin embargo, que estaba atareado con sus preocupaciones de negocios, que en su casa tuvo enfermos, que después del accidente quedó cojeando sensiblemente, que a la casa de Y es muy difícil de llegar, que no sabía el número de teléfono ni la dirección de la calle; y, que, en general, le habría sido difícil e incoveniente el haber notificado a tiempo. En este caso el tribunal está obligado a aplicar la Ley tal y como fue escrita. En efecto, podría citarse aquí una extraña autoridad en favor de esta conclusión, ya que fue Sigmund Freud quien escribió que la justicia "exige que la Ley, una vez creada, no debe ser violada para favorecer algún individuo".

Es posible imaginarse una serie de cosas que vayan surgiendo en las cuales las excusas por no haber notificado a tiempo se hagan cada vez más convincentes; hasta que, al final de la gradación, encontremos el caso en que la persona lesionada no dio ninguna notificación, ya que la caída le dejó inconsciente y permaneció en ese mismo estado doce días después del accidente. En este caso nos encontramos dispuestos a rebelarnos frente a la letra de la Ley. Diremos que resulta lógico que la Ley no sea interpretada de tal manera que le impida al hombre lesionado, en todo momento, ser titular de un derecho que puede válidamente hacer reconocer. Ante esta coyuntura nos hallamos prestos a pensar que debemos abandonar la justicia *legal* —la Ley debe ser igual para todos— en favor de la justicia eximente —la Ley no debe convertirse en un instrumento injusto—. Pero ¿dónde queda la línea de demarcación? No existe ni puede existir una respuesta fácil para esta pregunta.

El "elemento humano" en el Derecho

Sintetizando nuestras conclusiones, podemos decir que hay dos problemas persistentes —podrían también recibir el calificativo de problemas *permanentes*—, del Derecho. Existe, en primer lugar, el problema consistente en coordinar y concertar las distintas instituciones y funciones públicas que forman un sistema jurídico. En segundo lugar, se encuentra la existencia de ambigüedades e imprecisiones debidas al hecho de que las normas e instituciones jurídicas se hallan al servicio de una multiplicidad de fines.

Ahora bien, para cada uno de estos problemas existe una respuesta obvia y tajante. Para el primer problema la respuesta es la siguiente: es necesario establecer que todo el Derecho sea informado en una estricta cadena de mandamientos, de tal manera que cada nivel del sistema responda ante el nivel inmediatamente superior. Ante el segundo problema existe esta otra res-

puesta: las imprecisiones se eliminan al darle a las normas jurídicas y a cada institución jurídica un único y claro propósito.

Hemos intentado demostrar el desastre que implicaría adoptar esas dos respuestas "obvias", o mejor dicho, hemos buscado señalar lo desastroso que resultaría cualquier intento serio por actuar guiándose por ellas. Una vez que estos remedios simplistas son desechados, se hace evidente que la marcha adecuada de un sistema jurídico depende de constantes actos de discernimiento en todas sus instancias. Aceptándose esta necesidad ineluctable se hace patente lo absurdo que es suponer que las fallas de un sistema jurídico pueden ser todas atribuidas al "elemento humano".

El elemento humano puede lógicamente fallar. Y esta falla no es simplemente debida a corrupción o a desidia, sino a una falta de sentido de la función institucional y a un dejar de percibir la verdadera naturaleza de los problemas inherentes a la creación y administración del sistema jurídico. Pero si el elemento humano es una posible fuente de fracasos, es también un elemento indispensable en todo sistema jurídico justo y humano. El complejo cometido que nosotros designamos como "Derecho" requiere, en todas sus instancias, un ejercicio crítico, y esta actividad crítica debe ser ejercitada por seres humanos y en beneficio de seres humanos. No puede ser depositada en un computador.

SEGUNDA PARTE

LAS FUENTES DEL DERECHO

Introducción

LA EXPRESIÓN FUENTE DE DERECHO suele emplearse en un sentido más estricto que el que le daremos nosotros en esta segunda parte. En las obras iusfilosóficas, el problema de las fuentes del Derecho se relaciona con la pregunta siguiente: ¿De dónde obtiene el juez las normas con las cuales ha de decidir los casos concretos? Es así como suelen citarse, en este sentido, las siguientes fuentes: la Ley, los precedentes judiciales, la costumbre, la doctrina de los juristas más versados, las exigencias morales y la equidad. En el trato normal con este problema, estas distintas fuentes son analizadas y cada una de ellas es estudiada a fin de ver cuáles son las condiciones bajo las cuales pueden servir de fundamento para resolver las controversias judiciales. Sin embargo, cuando el Poder Legislativo se halla promulgando una Ley, no se hace referencia —curiosamente— a las fuentes que nutren la decisión que configura el fin de la norma legal, y esto a pesar de que un análisis que se internase en esos terrenos sería mucho más revelador que el enfoque dirigido hacia la función más restringida de la actividad judicial.

Nuestro interés en esta materia de las fuentes del Derecho será mucho más amplio que el tratamiento que normalmente recibe este problema en la literatura filosófico-jurídica. Está centrado más en las fuentes del Derecho que en las fuentes de las Leyes. Nuestra pregunta general es la siguiente: ¿De dónde deriva el

Derecho no sólo su contenido propio, sino también su imperio sobre la vida humana?

Este problema se halla íntimamente ligado, como es lógico suponer, con un antiguo debate de la Filosofía del Derecho. Se trata de la controversia que opone dos escuelas iusfilosóficas: el positivismo jurídico y el iusnaturalismo. Tendremos ocasión en lo que sigue de relacionar esa conocida controversia con el análisis concreto que aquí nos proponemos realizar. Pero, de momento, se ruega al lector familiarizado con esa querella doctrinaria que deponga provisionalmente la disputa (insnaturalismo versus positivismo) y participe, mientras tanto, en un inquirir algo diferente. Este consiste en una distinción que trazaremos entre el Derecho "creado" y el Derecho "implícito".

Derecho creado y Derecho implícito

Como paradigma del Derecho creado tomaremos la disposición legislativa, la Ley, y, como modelo del Derecho implícito, haremos uso del llamado Derecho consuetudinario. A medida que vaya progresando nuestra investigación se hará patente que ninguno de estos patrones corresponde a un tipo absolutamente puro del Derecho. En la Ley o dispositivo legislativo existe siempre un substrato de Derecho implícito y, por su parte, en el Derecho consuetudinario se cuenta con la intervención de algún elemento de creación intelectual o de promulgación. No obstante, en este estado de nuestro análisis haremos abstracción de esas complicaciones y presentaremos a esas dos formas jurídicas como si se tratase de dos paradigmas puros que, omitiendo sus particularidades propias, constituyen dos polos divergentes.

Veamos entonces, en primer lugar, la Ley, el dispositivo legal, como ejemplo característico del Derecho creado. Una ley proviene de una determinada fuente humana. Es promulgada por una decisión de un legislador o de un cuerpo legislativo. Se hace realidad en un determinado momento histórico; es portadora

de una fecha que nos dice clara y precisamente cuándo se hizo efectiva, lo que sirve para demarcarla de cierto período pasado durante el cual aún no existía.

Sus términos se encuentran plasmados en las palabras de la propia Ley. Si deseamos saber lo que significan esas palabras, debemos detenernos primero sobre los vocablos mismos y no sobre cualquier expresión doctrinaria —ajena al contexto de la Ley—, que traduzca más o menos en forma equivalente su contenido y que se halle impresa en alguna obra jurídica.

En contraposición al dispositivo legal, puede afirmarse que el *Derecho consuetudinario* tipifica al *Derecho implícito.* Es necesario, en consecuencia, describir a este tipo o forma jurídica de tal manera que revele plenamente esa cualidad *implícita* que se le atribuye. Una norma consuetudinaria, una costumbre jurídica, no es declarada o promulgada, sino que crece y se desarrolla al través del tiempo. La fecha en que por primera vez se hace paladinamente presente con todo su vigor sólo puede ser apuntada dentro de un amplio margen temporal. Y aunque es posible describir en general las clases de personas entre quienes la costumbre en cuestión funge de patrón de conducta, no posee, en verdad, ningún autor o creador específico. No es posible encontrar algún ser humano o alguna entidad definida a quien pueda imputársele la responsabilidad de sus bondades o perjuicios. No existe tampoco ninguna formalización verbal expresa de los términos constitutivos de la costumbre; ésta se revela en una uniformidad de conducta y no por medio de un discurso compuesto por un vocabulario preciso.

El Derecho consuetudinario puede recibir el calificativo de Derecho implícito en un doble sentido. En primer lugar, esta modalidad jurídica no es gestada intelectualmente para luego ser proyectada sobre la conducta que pretende regular, sino que ella encuentra su carácter implícito en su inherencia a la conducta misma. En segundo lugar, el fin que persiguen las normas consuetudinarias jamás llega a aflorar a una expresión explícita. Una Ley podrá, por ejemplo, contener un preámbulo explica-

tivo de los males que ella pretende impedir, o del bien que dicha Ley aspira promover; pero nada semejante a eso existe en el Derecho consuetudinario. En efecto, es necesario inferir los fines que persiguen esas normas consuetudinarias. Y debemos presumir que esas normas habituales de la conducta surgieron de alguna necesidad efectivamente sentida por quienes originalmente moldearon su comportamiento en conformidad con los dictados de esas costumbres. Y en caso de que intentemos comprender cuál ha podido ser esa necesidad sentida por los autores anónimos de la costumbre, entonces debemos asumir la posición de las partes actuantes e inferir el por qué éstas encontraron viable imponerse recíprocamente ciertos sistemas normativos.

La hipótesis temática que nos atrevemos a adelantar consiste en afirmar que muchas de las controversias de la filosofía del Derecho giran en torno a una preferencia tácita por una de las dos modalidades contrapuestas ya mencionadas: Derecho creado o Derecho implícito. Más adelante tendremos la oportunidad de demostrar los motivos fundamentales que sustentan dicha preferencia. Por de pronto examinemos la instancia histórica que hizo posible que uno de los defensores más famosos del Derecho creado —esto es, alguien que pretendió que todo el Derecho fuese Derecho creado— hiciera que aquello que a todas luces era Derecho implícito se tradujera en términos compatibles con las exigencias de su propio sistema. John Austin fue ese defensor del Derecho creado. Sus famosas conferencias sobre Filosofía del Derecho, publicadas por primera vez en forma de bosquejo el título *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), han ejercido una enorme influencia en el pensamiento jurídico de los países anglosajones. Esa influencia se ha extendido —casi estamos tentados de agregar *especialmente*— sobre aquellos que en realidad no han leído a Austin. Será sin duda muy ilustrativo e instructivo ver cómo Austin pliega el Derecho consuetudinario a su propio sistema. Un sistema que da por supuesto que todo el Derecho debe ser, y que de hecho es, lo que nosotros hemos llamado Derecho creado.

Para Austin la totalidad del Derecho consiste, en forma directa o mediata, en un cuerpo de normas puestas en vigor por una autoridad soberana que detenta el goce del hábito de obediencia de los miembros de determinada sociedad. La Ley, promulgada por la autoridad legislativa, encaja perfectamente dentro de ese paradigma, sin que en ello exista ni un atisbo de fricción posible. El papel del juez es igualmente reducido pero con más dificultad. Esto se revela con especial claridad en el sistema jurídico inglés, donde gran parte del Derecho tuvo su origen en decisiones judiciales y ni siquiera remotamente en disposiciones legislativas. Y, lo que es más curioso, es que al "hacer" ese Derecho, los jueces jamás estuvieron conscientes de que estaban creando algo. Jamás se expresaron como si así lo estuvieran haciendo. Por el contrario, se condujeron como si hubieran estado simplemente aplicando un Derecho ya implícito en otro sistema jurídico o en la naturaleza misma de la sociedad. La solución austiniana consistió en desentenderse de la conducta de los jueces y etiquetar el hallazgo jurídico de estos últimos bajo el rótulo de creación del Derecho. Tendremos la posibilidad de examinar posteriormente algunas de las distorsiones producidas por esa inserción forzada del Derecho judicial en un molde inadecuado.

Entre tanto nos avocaremos al análisis de unas distorsiones mucho más graves, resultantes del intento austiniano por convertir el Derecho consuetudinario en una forma jurídica de Derecho positivo, es decir, impuesto por el Estado. En la decisión de casos litigiosos, los tribunales, en todos los sistemas jurídicos, a menudo acuden para su aplicación a las normas que se desprenden de prácticas consuetudinarias surgidas abiertamente al margen de cualquier contexto jurídico-legislativo. Esta situación resulta particularmente clara en las controversias mercantiles. Allí en donde "la costumbre mercantil" era tomada por los jueces como paradigma regulador de la decisión, éstos se referían a esa costumbre como poseedora de un poder jurídico vinculante, y la aplicaban como algo que los obligaba tanto a ellos mismos como a las partes.

Si esta actitud frente al problema fuese aceptada, se abriría una brecha considerable a cualquier sistema iusfilosófico que propugnara que todo Derecho es Derecho creado, y que éste jamás puede presentarse —ni jamás se ha presentado— como "emergiendo" a la realidad.

La solución de Austin para esta dificultad se encuentra expresada en los siguientes párrafos:

"En su origen, la costumbre es una norma de conducta que los gobernados observan espontáneamente... La costumbre se transmuta en Derecho positivo cuando es adoptada como tal por los tribunales de Justicia, y cuando las decisiones judiciales, que han sido forjadas sobre esa base, son ejecutadas por el poder del Estado. Pero antes de ser adoptada por los tribunales y de verse revestida de sanción jurídica, se trata simplemente de una regla... normalmente acatada por los ciudadanos o súbditos, que deriva la única autoridad que puede decirse que posee de la reprobación general que recae sobre aquellos que la transgreden... A los admiradores del Derecho consuetudinario les gusta informar de engaños a su ídolo, dotándolo de atributos imponentes y misteriosos. Pero... no, nada de misterio en ello... Cuando se contemplan como normas o reglas morales que se convierten en normas positivas, las costumbres legales son establecidas por el Estado..." [1].

La teoría de Austin sobre la costumbre implica algo así como una doctrina de un doble nacimiento: la costumbre comienza como una especie de moral convencional y luego renace como Derecho al ser adoptada como modelo regulador de la decisión en el acto judicial. Existen una serie de falacias ocultas en esta aparentemente inocente —cuando no tendenciosa— interpretación. En primer lugar, como ya hemos apuntado, ésta no es la forma cómo los tribunales consideran la materia. Es verdad que no toda práctica consuetudinaria es aceptada como paradig-

1. *Lectures on Jurisprudence*, Vol. 1, 4ª Edición, John Murray, Ltd., London, 1879, pp. 104-105.

ma regulador de las decisiones judiciales. Algunas costumbres lesionan el interés público, o son contrarias a las disposiciones legislativas. Los tribunales, en consecuencia, estudiarán las implicaciones posibles de una costumbre antes de acogerse a ella como Derecho. No obstante, cuando ese reconocimiento tenga lugar, los tribunales no adoptan la creencia de estar promulgando el Derecho, sino más bien la de estar descubriéndolo. Hay casos controversiales en que la costumbre resulta tan obviamente equitativa y beneficiosa, que no surgirá ninguna duda acerca de su reconocimiento como fuente de Derecho por parte de los tribunales. La predicción del resultado del litigio se hará tan evidente que la situación conflictiva no llega a presentarse. En tal caso el resultado del análisis austiniano significa desconocer el carácter jurídico de la costumbre, precisamente en aquellas situaciones en que se ve tan patente su naturaleza jurídica que muy probablemente no se producirá ningún intento probatorio por reconocerle su autoridad jurídica.

En segundo lugar, la interpretación de Austin nos llevaría a admitir que, en caso de un segundo juicio, el tribunal llamado a conocer del asunto no se remitirá a la costumbre propiamente dicha, sino a la afirmación de la primera decisión contentiva del reconocimiento judicial de los efectos de la costumbre en cuestión. Pero en la práctica esto ocurre muy rara vez. Normalmente el segundo caso se relaciona con una faceta ligeramente distinta de la costumbre, un aspecto no directamente contenido en el primero. El segundo tribunal recurrirá, por consiguiente, a un modelo o paradigma decisorio proveniente de la misma costumbre, y no a las palabras empleadas por el primer tribunal en su intento por describirlo.

En tercer lugar, las costumbres poseen la particularidad de variar con el tiempo. Estos cambios pueden sobrevenir por efecto de la alteración de las condiciones externas, por causa del progreso tecnológico, o como consecuencia indirecta de una adaptación ante nuevas formas del Derecho creado. Cualquiera que sea la forma en que estos cambios se produzcan, éstos serán probable-

mente reconocidos y aceptados por las decisiones judiciales posteriores. En este caso la doctrina del renacimiento se convierte, efectivamente, en la doctrina de un perpetuo renacer. Una concepción semejante acarrea una serie de dificultades, que se oponen al criterio de que la costumbre se transforma enteramente en algo radicalmente distinto desde la fecha en que es utilizada, por primera vez, por un tribunal, para decidir un litigio.

En cuarto, y último lugar, si desechamos todas las calificaciones que acabamos de hacer, y nos acogemos a la doctrina del renacimiento de Austin, según sus propias exigencias, todavía perduraría un elemento de Derecho implícito en esa misma doctrina. Austin abiertamente admite que una vez que la costumbre es aceptada por el Tribunal, como modelo regulador de sus decisiones, ese reconocimiento vale no solamente para el caso que se ventila, sino para los casos semejantes que se presenten en el futuro. Esto es así por cuanto Austin da por sentada la existencia de una regla o práctica —una costumbre—, según la cual los tribunales siguen acogiendo sus decisiones anteriores. Ahora bien, esa regla no fue jamás creada por ningún acto legislativo expreso. Forma parte del cuerpo de normas consuetudinarias que rigen la actividad de los tribunales. Como la mayoría de las normas consuetudinarias tiene sus márgenes de inseguridad y se halla sujeta a excepciones en instancias que no pueden ser claramente definidas de antemano. De tal manera que, a la postre, la seguridad de la costumbre renacida como Ley promulgada y su recaída al anonimato, dependen de una costumbre implícita en la práctica de los tribunales.

La manera en que Austin logró moldear al Derecho consuetudinario para que ofreciera una imagen más de su agrado, no es un fenómeno aislado. Constituye el síntoma de una pugna permanente de la Filosofía del Derecho: constantemente los iusfilósofos buscan forzar todo material ajeno a sus propias concepciones para así convertir al Derecho en algo que se pliegue a los objetivos sustentados por ellas. Pero así como Austin buscó reducir el Derecho implícito a Derecho creado, así también existen

filósofos que intentan hacer del Derecho creado algo que se avecine más al Derecho implícito.

Es de todos conocida la opinión de que las leyes y los dispositivos legales son transitorios. La realidad del Derecho, se dice, yace, en última instancia, en el consentimiento público. Las leyes que pretendan oponerse a las nociones comúnmente aceptadas acerca de lo bueno y lo malo probablemente nunca se harán efectivas, precisamente por falta de aplicación. En caso de que se intentase aplicarlas durante algún tiempo, tienden a caer en desuso por efecto de la resistencia social, o por la creciente indiferencia de los fiscales, o bien porque los tribunales basándose en una interpretación restrictiva encuentran la manera de reducirlas a una casi total inefectividad. Y hay filósofos que en lugar de lamentar ese estado deplorable de cosas encuentran en ello motivo de satisfacción. Para éstos el Derecho no debe tener la regularidad de un boletín de noticias emitido con puntualidad todos los días a las 10 de la mañana. Según esta opinión el Derecho "vivo" —el verdadero Derecho— crece y se desarrolla en diálogo silencioso con las necesidades efectivas de sus usuarios.

Citemos, sobre este punto, como contrapeso a la concepción de Austin, a un sociólogo del Derecho contemporáneo: "¿De qué fuentes proviene el Derecho? Para la teoría sociológica... esa pregunta sólo tolera una única respuesta ..., el Derecho emana del grupo social; las normas jurídicas traducen la manera en que el grupo social piensa que deben ser ordenadas las relaciones sociales de sus integrantes. La doctrina tradicional... no ilumina claramente la articulación propia de la pregunta por el origen de la autoridad del poder del Derecho, a pesar de que esa pregunta es fundamental. Por el contrario, la corriente tradicional consagra sus esfuerzos al estudio de las distintas modalidades en que se presenta el Derecho (la Ley, la costumbre, las decisiones judiciales, la doctrina), reflejando entonces la impresión de que esas modalidades constituyen entre sí formas radicalmente distintas. Desde el punto de vista sociológico resulta todo lo con-

trario. Estas fuentes formales del Derecho, que los juristas se esfuerzan por distinguir, son simplemente diferentes variedades de una sola y única fuente: la voluntad colectiva del grupo social. Además de separarme sobre este punto de la corriente tradicional, también difiero de ella al asignarle personalmente una gran importancia a la costumbre...

El Derecho en su forma legislativa no difiere esencialmente de la costumbre: ambos son expresiones de la voluntad colectiva del grupo. Lo que efectivamente los distingue es una cierta técnica: mientras... la costumbre es espontánea e "inconsciente", la versión legislativa del Derecho proviene de un órgano especializado y se gesta por medio de un procedimiento... llamado promulgación.

Ha sido planteada la pregunta acerca de cuál de los dos sistemas —el consuetudinario o el legislativo— debe ser escogido. En una famosa controversia doctrinal en la Alemania de comienzos del siglo XIX dos juristas, Savigny y Thibaut, cruzaron opiniones al respecto. El primero fue un partidario de la costumbre, el segundo un admirador de la codificación legislativa. Savigny... apuntó con precisión el criterio adecuado, confirmado luego por la sociología contemporánea, según el cual el Derecho es producto de la conciencia colectiva".[2]

El sociólogo prosigue y afirma que Savigny, aun cuando se hallaba en lo cierto en lo relativo a su concepción fundamental del Derecho, erró al creer que la costumbre no necesitaba el apoyo de la legislación. Señala Lévy-Bruhl, que aunque la costumbre, en sus orígenes, puede representar una expresión más directa de la conciencia colectiva, posee la falla de presentar una pronunciada inclinación a la rigidez y de no responder ante las exigencias de nuevas circunstancias. Cuando esto sucede, debe ser complementada y asistida por la legislación.

---

2. Henri Lévy-Bruhl, *Sociologie du Droit,* P.U.F., París, 1961, pp. 39-40, 55 y 57.

El contraste ejemplificado por las posiciones divergentes de Austin y Lévy-Bruhl refleja un conflicto persistente, permanente, de la Filosofía del Derecho. No intentaremos decir cuál de los dos enfoques es "verdadero". Por el contrario, nuestro objetivo es aspirar a poder reconocerle a cada uno su importancia. Al realizar ese objetivo tendremos oportunidad para hacer algunas distinciones que suelen ser comúnmente ignoradas cuando en un debate se intenta unir —alternativa o indistintamente— las divergencias de criterio.

Hasta el presente hemos tomado, como prototipo de Derecho implícito, al Derecho consuetudinario. En lo que sigue ampliaremos nuestra concepción sobre esta especie jurídica. Para tomar un ejemplo casero, supongamos que un grupo de amigos salen para un paseo de campo. Llevan con ellos carpas, camas de campaña, provisiones, equipo de cocina. El grupo reconocerá al poco tiempo que resulta imprescindible, para el buen éxito del paseo, efectuar algún tipo de repartición de responsabilidades; y habrá necesidad de establecer unas normas más o menos formales que determinen los deberes que han de recaer sobre los diferentes miembros del grupo. Si uno de los miembros es un avezado excursionista, poseedor de un don natural para la organización, entonces muy bien puede suceder que los requerimientos del orden interno serán casi todos fijados —aunque no en su totalidad— por ese legislador informal. A falta de un personaje semejante, el orden surgirá —con todas sus vacilaciones y accidentes— espontáneamente, lo cual no obsta para que en algunos momentos críticos la situación sea encauzada por la decisión explícita de algún individuo, o por alguna forma de decisión mayoritaria. Este "derecho" del grupo, que se presenta para regir las acciones de sus componentes, estará implícitamente formado, en gran parte, por las exigencias que se desprenden de la tarea común a la cual se han entregado todos sus miembros. Este derecho implícito, tácito, no es algo enteramente diferenciado —ni tampoco se halla en franca oposición con ellos— de los elementos propiamente creados que informan el

orden alcanzado. Al contrario, se encuentran vinculados en una especie de asociación con esos mismos elementos creados, dotando, en consecuencia, a las actividades esenciales del grupo de un sistema global de ordenación de la conducta. Por consiguiente, cuando a continuación nos refiramos en general al Derecho "implícito o tácito", estaremos designando su carácter de elemento integrante de un sistema más extenso, el cual es, en parte, creado o engendrado por promulgación.

Nuestro ejemplo campestre puede también servir de advertencia para el sentido que le daremos a la palabra "derecho", la cual emplearemos con un significado más amplio que el actualmente en vigor. En su significado actual la palabra "derecho" ha sido tan asociada a la idea de *derecho estatuido,* que cualquier otro uso significativo del término es prontamente calificado de abusivo Puede decirse que esta concepción restringida ofrece al derecho una contribución ambigua: puede operar a favor de su esclarecimiento, pero también puede acentuar su oscuridad y confusión. Pero en ningún caso se presta a nuestros propósitos, ya que queremos intentar distinguir los elementos creados e implícitos que se unen para crear un sistema efectivo de reglas jurídicas. Mucho menos útil será entonces para la disquisición histórica que sigue a continuación, ya que la historia del Derecho es, en gran parte, la historia de una evolución que va de una concepción del Derecho como inherente a las necesidades sociales, a la concepción que sostiene que el Derecho es el resultado de su promulgación deliberada.

El papel del Derecho Implícito y del Derecho creado en la Historia del Derecho

El recuento que sigue se apoyará sustancialmente en la vigencia que aún conserva la obra más famosa de antropología jurídica; se trata del libro de Sir Henry Sumner Maine, *Ancient Law: its connection with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas* (publicado por primera vez en 1861).

En los capítulos I y II de esa obra, Maine distingue seis etapas en el desarrollo histórico del Derecho. Estas fases constituyen señales del largo y tortuoso camino a través del cual la humanidad ha llegado finalmente —y hasta existe la tentación de decir renuentemente— a la conclusión de que el Derecho puede ser creado. Esta última etapa del desarrollo jurídico fue denominada por Maine como la *Legislativa.*

Hoy en día mucho de lo afirmado por Maine no puede válidamente retenerse. Parece haber creído erradamente que toda sociedad recorre ciertas etapas históricas en un mismo orden. Por otra parte, Maine desconoce abiertamente la influencia de los factores económicos. Incurre en fantasiosas conjeturas acerca del derecho prehistórico. Las fuentes que probablemente alimentarían actualmente un estudio semejante al realizado por Maine han sido profundizadas y extendidas. No solamente se han descubierto Códigos antiguos —desconocidos en la época de Maine—, sino que se realizan estudios sistemáticos sobre las sociedades primitivas contemporáneas. Y estos estudios se encontraban en pañales para la época de ese autor.

Sin embargo, y a pesar de todas esas limitaciones, aún podemos sacar mucho provecho de la obra de Maine, siempre y cuando adoptemos una postura libre de toda preocupación por su verosimilitud liberal, y veamos en ella una especie de intuición alegórica acerca del proceso de desarrollo del Derecho. Adoptaremos, pues, las grandes líneas del análisis de Maine. A fin de evitar divagaciones sobre las fuentes griegas y romanas de Maine, introduciré algunas alteraciones en la nomenclatura. Nuestra recensión de las dos primeras etapas descritas por el autor inglés deberá ser "libre", en el sentido de que va más allá de la terminología establecida. La razón de ser de esta franquicia interpretativa estriba en el hecho de que los estudiosos de la materia no concuerdan con lo afirmado por Maine referente a su primera y segunda etapa. Para evitar un tedioso ejercicio exegético, nos limitaremos sencillamente a presentar nuestra propia interpre-

tación de lo que quiso decir el historiador inglés, aun cuando esto implique, en realidad, volver a escribir lo que éste afirmó.

En su estadio más primitivo las manifestaciones jurídicas son concebidas como un despliegue de fuerzas semejantes al que explaya la naturaleza. Según las propias palabras de Maine: el Derecho "se encuentra en la atmósfera", y luego afirma: "en la aurora de la humanidad, no se concibe ni se contempla ningún tipo de legislación, ni siquiera un autor específico del Derecho".

Maine hubiera podido agregar, como lo han sostenido muchos antropólogos posteriores a su época, que en las primeras y más primitivas condiciones de la sociedad muchas de las distinciones que hoy día se dan por sentadas, no habían ni siquiera alcanzado el nivel de la conciencia. Por ejemplo, entre las normas que regulan la conducta distinguiríamos hoy en día preceptos morales, jurídicos, religiosos, usos sociales y tecnológicos. La mente primitiva no tuvo oportunidad para trazar esas distinciones. Preceptos como: "es así como se debe pescar"; "de esta forma se evita el mal"; "así se transfiere el derecho a poder participar en la danza sagrada", eran todos concebidos en una única instancia. Todos ellos servían para describir "la naturaleza de las cosas". Todos constituían, según nuestros propios términos, Derecho implícito.

Cuando las controversias primitivas se resolvían por decisión de un juez, sacerdote o jefe, probablemente nunca fueron concebidas como *creación* jurídica. Posiblemente ni siquiera se llegó a pensar el proceso como una aplicación del derecho, sino más bien como un simple discernimiento —quizá inspirado por fuerzas sobrenaturales— "de la naturaleza de las cosas".

Así es, pues —con alguna libertad de interpretación—, la concepción de Maine acerca de la primera etapa del desarrollo histórico del Derecho.

Su segunda etapa es la correspondiente al Derecho consuetudinario. Entendía por este término más o menos lo que actual-

mente connota el mismo. Pero de inmediato se hace presente una dificultad: ¿Cuál es la diferencia entre la segunda etapa, la del Derecho consuetudinario, y la primera que concibe al Derecho como simple expresión de la "naturaleza de las cosas"? ¿No es acaso la costumbre una práctica inconsciente? ¿No es verdad que los actores de la costumbre la observan sencillamente porque así es la "naturaleza de las cosas"?

La diferencia que Maine trazaba entre las dos es la siguiente: En la segunda etapa, el hecho de que algún tipo de conducta se convierta en consuetudinaria es considerado como una razón fundante para su observancia. En la primera fase, según las propias palabras de Maine, "el Derecho apenas ha alcanzado el estado de costumbre; es más bien un hábito". Por otra parte, en el momento consuetudinario los hombres se percatan —sea cuál sea el grado de imprecisión con que esto suceda— del hecho de que puede existir una alternativa frente a los usos que ellos han venido observando. En las situaciones en que se haga presente algún margen decisorio en relación con su conformismo, los actores de la costumbre pueden observarla, bien sea porque perciben la ingente necesidad de que existan reglas comunes aceptadas por ellos, o bien porque tienen conciencia de que cualquier desconocimiento de las normas establecidas puede producir efectos corrosivos sobre la conducta colectiva. Aparece claro, entonces, en ese margen decisorio —a pesar de su ámbito restringido—, que allí se encuentra un primer germen de creación jurídica.

A medida que la sociedad se hace más compleja, el cuerpo de normas consuetudinarias inevitablemente tiende a expandirse. Con esta expansión aumenta, lógicamente, la posibilidad de conflictos intrasistemáticos. Surge entonces la necesidad de que alguien se encargue de mantener bajo control las reglas existentes y que provea al sistema con interpretaciones autorizadas para regir los casos dudosos. En muchas sociedades, incluyendo la romana, esta necesidad es colmada por una clase sacerdotal o de hombres prudentes que sirven de guardianes e intérpretes oficiales de las

costumbres. Las funciones de esta clase confieren a sus miembros un estatuto aristocrático y exclusivista. No obstante, mientras la sociedad permanezca en un estado de analfabetismo, cualquier descontento general que se suscite por esta posición privilegiada muy probablemente se apaciguará por efectos de la conciencia de su necesidad.

Con la invención y difusión de la escritura, la materia pasó a ofrecer un aspecto diferente. El monopolio del conocimiento jurídico, que previamente servía como un propósito social útil, ya parece dejar de cumplir esa función beneficiosa. Incluso, se perfila la exigencia de que el Derecho se haga del conocimiento general. Y al cobrar estas exigencias una fuerza suficiente, según las propias palabras de Maine, "nos hallamos en presencia de la era de los Códigos, esos antiguos decálogos entre los cuales se destaca, como muestra más famosa, la Ley de las Doce Tablas... leyes grabadas en tablas y publicadas para el uso del público, para que así suplantasen los usos que se hallaban depositados en el poder de una oligarquía privilegiada... El valor de estos Códigos no consistió en ningún intento por construir una clasificación simétrica, ni en una claridad o concisión de expresión, sino en su carácter público, y en el conocimiento que proporcionaban a la colectividad en relación con lo que cada uno debía y no debía hacer" [3].

Estos Códigos no fueron promulgaciones legislativas en el sentido moderno, sino que fueron concebidos fundamentalmente como una conversión escrita de las reglas ya establecidas por la costumbre. Pero una vez que esos Códigos se hicieron usuales abiertamente, se había andado un trecho más en el largo camino que habría de conducir al reconocimiento explícito de que las leyes podían ser creadas. Aun en las Doce Tablas había más innovación que la señalada por Maine. En cualquier caso es evidente que la simple reducción a expresión escrita formal de las

3. *Ancient Law* con notas de Sir Frederick Pollock, John Murray, Ltd., Londres, 1912, pp. 12-13.

reglas previamente asistemáticas hubo de traducirse en algunos cambios sustanciales. Y en la medida en que esos cambios fueron reconocidos, las mentalidades de los hombres se abrieron a la posibilidad de que podían realizarse cambios mucho más deliberados y extensivos.

Maine mismo describe de esta manera el significado de los códigos en la historia del Derecho:

"Una vez que el Derecho primitivo recibe una configuración codificada, se cierra lo que podría denominarse su desarrollo espontáneo. De allí en adelante cualquier cambio que sobrevenga —si es que sobrevienen cambios— son realizados deliberadamente desde afuera. Resulta imposible creer que las costumbres de cualquier raza o tribu permanecieron inalteradas durante la totalidad del largo —en algunos casos larguísimo— intervalo entre su reconocimiento (es decir el discernimiento y reconocimiento público) por el monarca patriarcal y su publicidad escrita. Sería aventurado afirmar, también, que ningún aspecto constitutivo de esta alteración fue gestado deliberadamente. Pero de lo poco que sabemos acerca del progreso del Derecho durante ese período, nos es lícito presuponer que la acción deliberada tuvo la participación más restringida en la producción de ese cambio. Y estas innovaciones en sus primeros usos, tal y como ellas se revelan, parecen haber sido dictadas por necesidades y formas de pensar que escapan a la comprensión de nuestros actuales cánones mentales. Sin embargo, una nueva época se abre con los códigos. Después de esta fase, y en donde quiera que rastreemos el curso de las modificaciones jurídicas, podremos atribuirlo al deseo consciente de mejorar, o en todo caso, al deseo de querer lograr objetivos distintos de los que animaban los tiempos primitivos". [4].

En el análisis de Maine el primer paso hacia la legislación explícita, que sigue la fase de los códigos, no revistió el carácter de una expresa declaración de un nuevo Derecho. Por el contrario,

---

4. Ibid, p. 26.

introdujo la reforma jurídica al amparo de la ficción. Esto se ve en la narración del propio Maine:

..."Yo utilizo la expresión «ficción jurídica» para designar cualquier presunción que oculte, o pretenda ocultar, el hecho de que una regla jurídica ha sufrido una alteración. El texto de la ley permanece inalterable, su aplicación modificada... Es fácil comprender por qué las ficciones, en todas sus formas, se adaptan especialmente al nacimiento de la sociedad. Satisfacen un deseo de superación, que no se hace sentir con demasiada intensidad, y simultáneamente no ofenden la aversión supersticiosa ante toda innovación que se encuentra siempre presente. En un cierto estadio del progreso social existen invalorables recursos para salvar la rigidez del Derecho, y, ciertamente, sin uno de ellos, la ficción de la adopción, que permite crear artificialmente un vínculo familiar, se hace muy difícil comprender cómo la sociedad hubiera podido jamás desprenderse de sus pañales y dar sus primeros pasos hacia la civilización" [5].

Al referirse a la importancia específica de la ficción de la adopción, Maine pensaba que fue el núcleo familiar, ampliado por esa ficción, lo que proporcionó el modelo, y en algunos casos el preciso antecedente histórico, de las unidades políticas más vastas que llegaron a caracterizar a sociedades posteriores.

A menudo, se concibe el recurso de la ficción jurídica como la muestra de una legislación defectuosa y auto-dilusora. Existen indicios (overtones) de esta opinión en Maine, como lo demuestran los párrafos citados. No obstante, esta forma de concebir la ficción es injusta y distorsiona el papel que ha desempeñado la ficción en el desarrollo del Derecho. Uno de los problemas permanentes de toda reforma legislativa consiste en la armónica y completa absorción de los cambios introducidos en el ordenamiento legislativo en vigor, de manera que no se opongan a aquellas partes del sistema jurídico que permanecen inalteradas.

---

5. Ibid, pp. 30-31.

Con todas y sus minuciosas compilaciones legislativas y sus acabados índices, los legisladores contemporáneos a menudo fallan en la previsión de los puntos de fricción entre las innovaciones introducidas y el cuerpo de normas que pretenden modificar. La técnica legislativa actual, en virtud de su amplia competencia en la creación del Derecho, se encuentra en la posibilidad de corregir estos descuidos mediante una legislación curativa. Recurso éste que no se hallaba al alcance de las sociedades primitivas. La actividad legislativa primitiva era necesariamente fragmentaria por hallarse desasistida de una amplia competencia en la materia. Ahora bien, ante circunstancias como las planteadas se considera que el legislador reformista actúa prudentemente cuando le da a sus innovaciones una forma que facilitará su absorción por el derecho imperante. La ficción jurídica, en consecuencia, debe su origen no tanto a una aversión supersticiosa frente al advenimiento de cambios, ni tampoco a un instinto de auto delusión, sino más bien a un impulso tendiente a la armonía y al ideal sistemático. Al conferirle al nuevo derecho la forma verbal del anterior, se facilitaba así su absorción en el cuerpo existente de normas.

El quinto y próximo paso de la concepción de Maine implica, o puede implicar, una reforma del Derecho mucho más amplia que la que permite el recurso de la ficción jurídica. Nos encontramos ahora, por primera vez, ante el criterio de que la reforma legislativa debe guiarse por algún modelo transcendental, algún sistema jurídico ideal, al cual todas las leyes han de someterse. Obviamente este sistema jurídico ideal se ubicará históricamente en el pasado. La idea de una perfección perdida, de una caída del estado de gracia anterior, es una idea que se repetirá en muchos dominios del pensamiento humano, y, en consecuencia, no debe causar sorpresa su presencia en la historia del Derecho.

Según la opinión de Maine, esta concepción se originó en Roma debido a la exigencia de la práctica. El número cada vez más creciente de extranjeros (fundamentalmente mercaderes) que llegaron al territorio romano crearon la necesidad de resolver de

algún modo los litigios entre ellos mismos, y entre romanos y extranjeros. El Derecho romano existente no era apropiado para resolver esos problemas. Su formalismo era intrincado, y, además, se expresaba en lengua latina. Se hizo entonces necesario buscar unos principios jurídicos que pudieran considerarse como comunes a todo sistema de Derecho. Fue así cómo se llegó a considerar que en todas partes la transferencia de la titularidad de la propiedad mobiliaria (bienes muebles, esclavos) se realizaba mediante una ceremonia que incluía una entrega (tradición manual) de la cosa objeto de la relación. El aspecto diferencial de esta transferencia consistía en que en los diversos sistemas jurídicos, la transmisión de la posesión se acompañaba de un acabado ceremonial que oscurecía la unidad formal esencial.

Según el criterio de Maine, la búsqueda de elementos comunes a los diferentes sistemas jurídicos fue concebida, en sus inicios, como un simple expediente comercial. Como un medio que permitiría llegar a un sistema de normas aplicables a personas de distinta procedencia. Pero, paulatinamente, bajo la influencia de la Filosofía griega, se hizo presente la idea de que todos los sistemas jurídicos procedían de un modelo original, cuya simple y elegante estructura había sido erosionada por la corrupción de edades posteriores. Se creyó que una vez que fuesen desechadas las impurezas, la unidad esencial de todos los sistemas jurídicos podría revelarse. Fue así como cobró vida el mito del Código perdido de la Naturaleza.

No es necesario someter aquí a un análisis crítico la concepción de Maine acerca del surgimiento de esa concepción en Roma. Lo fundamental es la idea de una reforma proyectándose hacia el futuro, pero que al desplegarse es concebida como reviviendo un estadio de perfección pretérita.

La afinidad que existe entre este modo de reforma y la ficción jurídica resulta inmediatamente presente. Al igual que la ficción, la tendencia que buscaba revivir el derecho en su antiguo estado de perfección, probablemente se hallaba guiada por un instinto

de continuidad e integración. Esta búsqueda consistía en detectar, en el Derecho existente, aquellos elementos que se tenían por esenciales —la substancia de la perfección—, que habían sobrevivido a la corrupción del tiempo. En torno a este núcleo substancial se crearon las reformas, o mejor dicho, para ser más precisos, a partir de ese núcleo se extraían las reformas. Ya que como sucede con la ficción, la reconquista de una perfección perdida es también una teoría de Derecho implícito. La figura de la ficción jurídica concebía el logro reformista que ella desencadenaba como ya latente en el Derecho existente. Para producir una reforma sólo hacía falta cierta imaginación y un talento para la creación de osadas metáforas. Resulta entonces que la teoría que asumió las labores posteriores para la consecución de reformas más ambiciosas, también consideraba su propia actividad como un hacer emerger del Derecho existente, algo que éste albergaba potencialmente desde sus comienzos.

En la sexta y última fase de la concepción de Maine alcanzamos la etapa de la legislación. La humanidad llega a la conclusión de que el Derecho puede ser engendrado por medio de una declaración intencional explícita, formulada en los términos de las promulgaciones legislativas.

La transición hacia la época legislativa no fue, al menos en la mayoría de las sociedades, tan simple como lo deja entrever la descripción de Maine. Volveremos dentro de poco a esta última etapa del desarrollo de Maine para señalar algunas oscuridades y vacilaciones funcionales que acompañaron los primeros intentos por configurar la creación legislativa. Entretanto convendría señalar alguna de las principales limitaciones que deben ser proyectadas sobre la totalidad del análisis de Maine.

Ciertamente Maine se equivoca, si pretende afirmar que la historia del Derecho de todas las sociedades ha descrito el mismo curso fijado por sus seis etapas. O si pretende sostener que cada una de estas etapas se agota totalmente antes de comenzar la próxima. De hecho, las muestras de las etapas intermedias de Maine se

desbordan, en forma característica, tanto hacia el pasado como hacia el futuro.

Así, en los países anglo-americanos, y a pesar de que la vigencia de un poder jurídico de creación legislativa expresa ha sido reconocida durante siglos, la ficción jurídica es aún empleada como medio para extender o modificar el Derecho imperante. Un uso actual de la ficción se revelará muy instructivo. El cuerpo legislativo que sirve de ejemplo es el relacionado con la obligación que tiene el propietario de mantener en buen estado sus predios. Con respecto a esa obligación se trazó una distinción perfectamente clara entre transgresor e invitados. El propietario, según se alegó, no tiene ninguna obligación de mantener en buen estado su propiedad frente a las incursiones desautorizadas de transgresores. Si uno de éstos cae en una zanja no cubierta, tendrá que correr con los gastos de su cuenta de hospital. Una regla diferente ha sido fijada para aquellos que transitan por los predios del propietario con permiso expreso o implícito de éste, trátese de "invitados", del cartero, del mandadero, etc. Si alguno de estos últimos —llamados "pasantes autorizados"— resultare herido debido a la negligencia del propietario en el cuidado de su propiedad, entonces éste deberá responder por los daños y perjuicios causados.

Se presentó el caso de unos niños que llegaron a los predios del propietario sin permiso de éste, pero atraídos a la propiedad, digamos, por el columpio que se encontraba en el jardín. La tabla del columpio se había podrido y al ceder ésta por efecto del peso, los niños resultaron aporreados. ¿Es responsable el propietario? Los niños no penetraron en su propiedad con su consentimiento. Y en caso de haber tenido conocimiento de la presencia de los niños, los habría obligado a salir. En casos semejantes los tribunales, a pesar de las circunstancias, generalmente han declarado responsable al propietario por los daños y perjuicios sufridos por los niños. Este criterio ha sido forjado por lo que se considera ser una ficción. Los niños, se dice, debían "presumirse

como pasantes autorizados". El atractivo del columpio constituye una especie de invitación, y el propietario ha debido prever que ellos acudirían a su propiedad.

Ahora bien, ese mismo resultado hubiera podido lograrse sin necesidad de acudir a una ficción. En efecto, un fiel partidario de la concepción austiniana, que sostiene que todo auténtico derecho es creado, habría insistido en que independientemente del ropaje verbal que encubre su actuación, el tribunal, de hecho, se hallaba creando una nueva norma, ya que el caso de la transgresión de los niños no podía ser previsto por el derecho existente. Empero, el uso de la ficción aquí procede por una motivación que no difiere substancialmente de la que fundamentaba su empleo en épocas primitivas. Traduce un deseo por tratar al nuevo Derecho como un substrato que se halla implícito en el cuerpo jurídico existente. Y en lugar de concebirlo como proyectado sobre las normas vigentes, bajo la modalidad de una reforma explícita, resulta ser extraído del propio Derecho existente. ¿Quién puede decidir cuál de las dos interpretaciones es más tendenciosa?

Desde una perspectiva de sentido común, ¿acaso no es verdad que los niños se sintieron atraídos a los terrenos del propietario por obra de un estímulo perfectamente cónsono con su naturaleza traviesa, y ello más en calidad de invitados que de transgresores adultos?

Si bien es cierto, como lo reveló el ejemplo recientemente expuesto, que la ficción jurídica aún no ha muerto, no está totalmente esclarecido que el advenimiento de la legislación explícita hubiese hecho su aparición histórica en una fecha tan tardía como lo sugiere la opinión de Maine. Parece plausible sostener que, al menos esporádicamente, se dieron manifestaciones legislativas expresas en sociedades primitivas, quizá como respuesta específica ante la urgencia de las necesidades planteadas por las nuevas situaciones que no podían ser atendidas por el Derecho existente. Existen, no obstante, dos dificultades para determinar el alcance de esa suposición.

La primera consiste en poder decidir qué debe calificarse como "derecho" y qué debe ser considerado como el mero ejercicio de las prerrogativas del poder. Que un gobernante primitivo pueda exitosamente ordenar la ejecución, sin juicio, de su primo, sospechoso de aspirar al trono, no quiere decir que el mismo gobernante tendría igual éxito al querer modificar las normas fundamentales de la sociedad que rigen la propiedad, el matrimonio, la sucesión. Es probable que esto ni siquiera se le ocurra. Aún en nuestros días hacemos una distinción entre un acto administrativo y una norma jurídica vigente. Y es posible conjeturar que una distinción parecida, con un andamiaje fáctico distinto, claro está, ha debido existir en las sociedades primitivas.

El segundo obstáculo consiste en el hecho de que las normas fundamentales se hacían aparejar, presumiblemente, por pretensiones divinas provenientes de una fuente sobrenatural. El gobernante que realizaba dichas modificaciones posiblemente se consideraba a sí mismo, no como legislador, sino más bien como un conducto a través del cual se expresaban las fuerzas ocultas. Surge entonces el problema de saber si deben tratarse esas muestras como un derecho encubierto por el manto de un disfraz, o si debe aceptarse la interpretación histórica que debió ser tal vez compartida por todos los interesados, incluyendo al propio gobernante.

Estas son, pues, advertencias que nos previenen en contra de la aceptación acrítica de una visión de la historia del Derecho que establece cortes temporales que se suceden invariablemente a través de sus distintas etapas. Semejante precaución, como ya lo hemos sugerido, debe tomarse ante cualquier suposición que pretenda argumentar que al final de la evolución los hombres dejan a un lado toda vacilación en la creación jurídica indirecta, y se lanzan abruptamente a la legislación explícita.

En realidad nuestras modernas legislaciones son los remotos antecedentes de las asambleas que amalgamaron, en una aleación de proporciones desconocidas, la búsqueda por el derecho con la creación del mismo: su descubrimiento con su creación.

Esta oscuridad funcional frecuentemente se entrelazaba con una inseguridad producto de una vaga distribución de competencias entre los distintos órganos administrativos del gobierno. Un rey y su consejo, por ejemplo, podían ser instaurados en contraposición con una asamblea popular, no habiendo entre los dos poderes ninguna delimitación de competencias. La rivalidad resultante se traducía no solamente en un enfrentamiento brutal por el poder, sino en un conflicto entre dos regímenes del orden social: por un lado, un régimen de Derecho consuetudinario, temperado por decretos ejecutivos intermitentes; por el otro, un régimen de Derecho legislativo gradualmente absorbiendo y moldeando el Derecho consuetudinario preexistente.

El Parlamento inglés, en sus orígenes, fue fundamentalmente un cuerpo adjudicador o *"descubridor del Derecho"*, y fue sólo gradualmente que comenzó a ejercer poderes legislativos. Esta transición no estuvo exenta de dificultades. La decisión de un tribunal vincula solamente a aquellos que son parte en el litigio, o a aquellos que derivan sus derechos de las partes contendoras. El juicio puede, desde luego, servir de precedente para una segunda demanda judicial. Pero no desencadena automáticamente derechos a cualquiera que no sea parte ("privy", según la antigua expresión) en la determinación judicial. Por el contrario, una ley dispone, sin más, los derechos de todos en el reino. ¿Cómo podemos entonces rescatar una disposición legislativa del parlamento, de las limitaciones impuestas por el poder judicial? La respuesta se halló en la ficción: todos los integrantes del reino se presumen partes en las actuaciones del Parlamento, cuando éste realice funciones de cuerpo legislativo.

A diferencia de la mayoría de las ficciones, ésta no cayó en desuso cuando hubo cumplido su tarea original, sino que pasó a formar parte de la enseñanza jurídica tradicional. Así encontramos, en el siglo XVIII, a Blackstone recurriendo a su empleo para explicar el porqué un ciudadano puede hallarse sometido a una disposición legislativa, aun cuando haya sido publicada en una forma inac-

cepible a su comprensión, lo cual hace que le sea absolutamente imposible conocerla:

"...todo hombre en Inglaterra es, según juicio del Derecho, parte en la creación de un acto del parlamento, estando allí presente a través de sus representantes."

Si bien es cierto que en el Parlamento las funciones judiciales y legislativas sólo se hallaban gradualmente separadas; también es cierto que el poder judicial no concibió originalmente sus funciones, frente a los actos del legislativo, como ubicadas en un plano meramente subsidiario, ni tampoco estimo que su único deber era el de implementar las expresas intenciones del Parlamento. Los jueces creían que ellos también estaban capacitados para extraer un nuevo Derecho "proveniente de los viejos textos". Consecuentemente, ellos extendieron o restringieron un tanto libremente el ámbito de las disposiciones legislativas, y en algunas oportunidades consideraron que éstas eran inoperantes cuando el Parlamento, según pensaban, no percibía correctamente lo que jurídicamente reclamaban las circunstancias. En consecuencia, el surgimiento de la moderna concepción del Derecho "creado", "estatuido", fue un largo y penoso proceso.

La curiosa resistencia que opusieron los hombres a la aceptación del criterio de que el Derecho podía proceder directamente de una fuente humana, se hace más comprensible si se considera incidentalmente su analogía con la religión. Los elementos constituyentes de la fe religiosa se encuentran subyacentes en muchos aspectos de la experiencia humana: en el orden y armonía reflejados por el mundo que nos rodea; en la violación de la legalidad de la naturaleza, lo cual sugiere la intervención divina; en la violencia de los elementos; en la quietud del mar; en la impresionante totalidad del universo; en la tensión teleológica de la materia viviente; en las realizaciones de la inteligencia humana. Pero a nadie se le ocurriría —salvo a un bromista viendo los toros desde la barrera—, que los dogmas de cualquier credo religioso son promulgados por simples seres humanos sin inspiración alguna de fuentes sobrehumanas. Cuando recor-

damos la estrecha relación entre la religión y el Derecho en la sociedad arcaica, resulta comprensible el por qué el hombre se ha resistido tanto a admitir que el Derecho no está dado por algo que se halla fuera de su alcance, y que le sobrepasa en magnitud.

Con esto creemos suficientemente agotada la aplicación histórica de la interacción entre el Derecho implícito y el estatuido. Pasaremos ahora al análisis de esa interacción tal y como ella se presenta en la sociedad contemporánea.

Los elementos implicitos del Derecho Creado

Como dijimos anteriormente, la Filosofía del Derecho parece debatirse en un conflicto que opone, por un lado, a los partidarios a ultranza de que el verdadero Derecho es el implícito, y, por el otro, a quienes tienen una marcada preferencia por lo que podría llamarse el atractivo intelectual del Derecho creado o estatuido. Pero también ya lo hemos adelantado, nuestro objetivo no consiste en pronunciarnos acerca de cuál de estas dos tendencias es la más acertada, sino de reconocerle a cada una el mérito que le corresponde.

En esta sección emplazaremos a los partidarios del Derecho creado para que rindan cuenta de las distorsiones y omisiones inherentes a su concepción. Para esto continuaremos la discusión que iniciamos cuando analizamos la artificialidad del intento de Austin por reducir el Derecho consuetudinario a una modalidad específica del Derecho estatuido.

Y en la sección subsiguiente —los elementos deliberados del Derecho implícito— haremos una inversión de perspectivas. Buscaremos demostrar la falsa imagen de la creación y aplicación del Derecho que se transmite al querer reducir, o quizá debería decirse, al desear diluir todo fenómeno jurídico en la figura del Derecho implícito.

En el análisis presente —cuyo objetivo es lo implícito en el Derecho creado— comenzaremos con el problema de la inter-

pretación, que es quizá el problema más agudo de todos los que suscita la administración de un sistema de normas jurídicas estatuidas. Ya lo hemos afirmado, las dificultades que guarda la interpretación de las leyes es mucho más compleja que lo imaginado por el lego.

Para el juez, esta dificultad se agrava por la circunstancia siguiente: los casos sencillos normalmente suelen resolverse fuera de la esfera de los tribunales y, por consiguiente, no llegan a desencadenar una decisión judicial.

Demos por supuesto que en el centro de una gran ciudad existe un anchuroso y hermoso parque. Para protegerlo de los visitantes indeseables se promulga una ley que determina que comete una falta (misdemeanor) quien introduzca un "vehículo" dentro del área del parque. A los efectos del Derecho ¿qué debe entenderse por "vehículo"? Hay casos fáciles: un camión de diez toneladas encuentra prohibido el paso; un transeúnte puede pasar. El diccionario Webster New International (2ª edición), por ejemplo, define vehículo como "aquello sobre lo cual o dentro de lo cual una persona o cosa puede ser transportada. . ." Ahora bien, resulta claro que tanto el camión como el transeúnte obedecen ambos al objeto designado con el epíteto "vehículo".

¿Por qué entonces se excluye tan fácilmente el camión, mientras se deja pasar al transeúnte?

Llegamos a esa conclusión no mediante un enfoque de la palabra "vehículo", sino al considerar lo que yace implícito en la idea de parque. Y esto sería tan verdad, aun en el supuesto de que la ley no mencionase para nada la palabra parque. Las palabras de la disposición legislativa muy bien pueden omitir toda referencia a la expresión "parque de la ciudad" y referirse, por el contrario, al "área que limita por el norte con la avenida Adams, por el este con la Tercera Avenida, etc." En consecuencia, lo que fundamentalmente se busca interpretar no es una palabra, sino una institución, y no solamente esto, sino también el alcance que ésta tiene para las vidas humanas que de ella dependen.

De esto se desprende que la interpretación adecuada de la ordenanza deberá basarse en el sentido de la institución "parque", según se desprende de los usos y prácticas de los miembros de la sociedad en cuestión. En algunos países —en latitudes más frías, por ejemplo— un parque suele ser el lugar de reposo y esparcimiento en el cual el simple ciudadano busca escapar del bullicio de la ciudad. En latitudes más templadas puede consistir en un lugar de música y entretenimiento, al cual se acudirá en busca de diversión, después que el ciudadano haya satisfecho su necesidad de reposo durmiendo una plácida siesta. Ahora bien, esa diferencia en el sentido de la institución puede tener enormes consecuencias sobre la interpretación de la palabra "vehículo". Un organillo motorizado, a vapor, será gratamente recibido en uno de los tipos de parque como un atractivo de las diversiones del mismo. En efecto, un sargento de policía ingenioso podría justificar la entrada del artefacto musical, basándose en que, en realidad, el organillo no es un auténtico vehículo, ya que no lleva a nadie, sino a sí mismo, y no es más que un instrumento musical sobre ruedas. Pero de acuerdo con esta misma argumentación, una carroza fúnebre con su siniestra carga sería definitivamente rechazada. En otras regiones, donde los parques denotan algo totalmente distinto, estas normas pueden ser revocadas.

Pero llegados a este punto un ardiente partidario de la creación explícita del Derecho podría plantear una objeción de acuerdo con estas líneas generales: Es obvio que cuando un legislador hace uso del lenguaje, pretende reflejar la significación específica que le atribuye su propia cultura. El mismo participa de ese contexto cultural y sus palabras reflejan el sentido que sus conciudadanos le dan, y no la significación precisa que le atribuye el diccionario. En consecuencia, el significado específico, local, que posee la institución conocida como "parque", encaja naturalmente en el significado de la disposición. Significado éste que, por lo demás, ha sido obra del quehacer legislativo del mencionado legislador. Aunque los elementos lingüísticos que configuran la ley sean engendrados localmente, esto no quiere

decir que el dispositivo legislativo pierda por ello su carácter de Derecho estatuido.

Pero esta es una visión demasiado simplista —demasiado estática— del problema. Primeramente, la palabra parque, ya lo hemos afirmado, puede muy bien no figurar en la ley. Además, en la medida en que el legislador tenga una intención clara y precisa, la disposición puede referirse a ciertos objetos —tales como un camión de diez toneladas, por ejemplo—, que lógicamente encontraría vedada su admisión, ateniéndonos a una concepción razonable de lo que en cualquier parte debe ser un parque. Los casos problemáticos no se resuelven de antemano por el legislador, sino que encuentran su solución en el momento de la aplicación del Derecho. Lo que quiere decir que, al aplicar la ley, el Juez, o el sargento de la policía, no deben guiarse únicamente por el texto de la ley, sino que han de tener en cuenta alguna idea de lo que debe o no debe ser admitido en un parque. Y estos criterios se encuentran arraigados en los usos y prácticas de la sociedad de la cual ellos forman parte. Por último, puede decirse que con el tiempo la institución "parque" y las normas jurídicas que la regulan pueden influirse recíprocamente. Una laxa administración de la regulación jurídica que rige la entrada de vehículos al área recreacional puede contribuir paulatinamente a cambiar el significado del "parque". Por su parte, un cambio totalmente extrajurídico de los usos a los cuales está destinado el parque, lentamente puede acarrear una alteración del sentido de la ley que lo regula. Todos estos razonamientos redundan en la conclusión siguiente: una parte importante del dispositivo legal en cuestión no es "creado" por el legislador, sino que crece y se desarrolla como una prolongación espontánea del complejo de usos sociales y actitudes colectivas que, a su vez, puede hallarse en franco estado de desarrollo.

Ejemplos parecidos al del parque y al del vehículo se encuentran sobradamente en cualquier sistema jurídico contemporáneo. Claro está que existen algunas leyes que pueden considerarse como

aplicables casi automáticamente. Que sólo exigen para su interpretación una familiarización con el significado de sus términos. Una ley que ordene el tránsito de vehículos a mano derecha, parece traducir una simplicidad geométrica que hace inútil todo esfuerzo intelectual distinto al ya desplegado por el legislador. Pero si esa misma ley dispone que el conductor deba pasar a los automóviles que vienen en sentido contrario, por su derecha, puede deducirse (de las exigencias del tráfico), que al darle alcance a un automóvil de su misma vía, debe, normalmente, pasarlo por la izquierda. Y esta exigencia implícita de la actividad legislativa puede o no puede haber sido prevista por el legislador original.

La interpretación normativa, legal, no es, pues, una simple traducción de los elementos formales que el legislador emplea. Es, en parte, y en distintos grados, un proceso que busca ajustar la ley a las necesidades y valores implícitos de la sociedad que ha de regir. Y en este sentido puede decirse que ninguna norma jurídica promulgada resulta totalmente "creada".

Cuando ante un tribunal se presenta un caso que enfrenta disposiciones contradictorias, provenientes del mismo legislador, sería absurdo pretender que el Juez simplemente extrajera del sentido de las palabras la intención del legislador. Ya que en ese caso lo que el legislador plasmó en las disposiciones es una inextricable e inútil confusión. Para romper con esta contradicción será preciso acudir a algún principio no contenido en los dispositivos divergentes. Uno de los análisis más lúcidos sobre este problema fue dado por Alejandro Hamilton en 1788.

"No suele ser cosa rara que dos leyes coexistan contraponiéndose entre sí, en todo o en parte, y sin que ninguna de ellas contenga expresión o claúsula alguna que ponga fin a la divergencia. En una situación semejante corresponde a los Tribunales ponerle término a la contradicción y fijar el sentido y procedencia de las leyes en conflicto. En la medida en que la reconciliación sea posible, mediante el recurso a un sano expediente, el derecho y la razón se unen para conspirar en contra del lo-

gro de ese objetivo; y allí en donde se revela la reconciliación impracticable, se hace entonces necesario darle efecto a una de las leyes sacrificando la otra. La regla, tal y como ella es puesta en práctica por los tribunales, viene a consistir en que la última ley en el tiempo obtiene preferencia a la primera. Pero ha de tenerse en cuenta que la regla resultante es construida, y no deriva de ninguna ley positiva sino de la naturaleza y razones de la materia. No es una norma que le es impuesta a los tribunales por mandato legislativo, sino que ha sido adoptada por ellos para regir su conducta como intérpretes de la ley en consonancia con la verdad y la dignidad de las circunstancias. Los tribunales consideraron razonable que entre los actos de interferencia provenientes de una misma autoridad, debía prevalecer, sobre la primera manifestación, la última expresión de la voluntad potestativa" (El Federalista, Nº 78).

Ahora bien, podemos afirmar, sin riesgo de equivocación, que en la idea misma de una sociedad en progreso, se encuentra implícita la presunción de que las nuevas leyes deben prevalecer sobre las disposiciones preexistentes. Pero debe retenerse aquí que durante buena parte del transcurrir histórico del mundo, el hombre no siempre ha creído la idea de una ley natural del progreso humano. Y en una sociedad regida por la creencia de que el hombre sufrió una caída desde un previo estado de gracia, todo induciría a volcar la preferencia entre nuevas y pretéritas leyes. En efecto, se encuentra consagrado en viejos textos de Derecho, que a los efectos de resolver la contradicción entre dos decretos reales, ha de preferirse el primero en antigüedad. Sin embargo, de acuerdo con esos supuestos, sería sumamente difícil llegar al extremo de probar la antigüedad de una ley cualquiera, por la sencilla razón de que buena parte de la historia del Derecho no ha conocido la idea misma de un Derecho estatuido. Es solamente este tipo de Derecho, y esto debe tenerse siempre presente, el que implica la posibilidad de determinar claramente la fecha de su advenimiento. Por el contrario, mientra toda ley sea concebida, en principio, como eterna, difícilmente puede presentarse el problema del conflicto de normas en el tiempo. Dentro de

una atmósfera intelectual como la anterior, la interrogante no consistiría en saber cuál ley deroga a cuál, sino cuál es y ha sido siempre el verdadero Derecho.

Hasta ahora, al analizar los elementos implícitos del Derecho creado, sólo hemos tenido en cuenta la forma en que éstos afectan la interpretación normativa y la resolución de las contradicciones legales. Empero, el problema es mucho más complejo, llegando hasta herir el sentido mismo del Derecho. Al ejercitarse la función legislativa, ésta va aparejada de un cúmulo de presupuestos tácitos y de expectativas implícitas relacionados con la naturaleza del producto —así como la forma que revestirá el mismo— de los esfuerzos cumplidos por el legislador. Para explicar mejor el punto haremos uso de un ejemplo un tanto extravagante.

Supongamos que en un estado recién creado se adopta, después de largas consideraciones, una constitución escrita. La constitución se redacta con sumo cuidado. Se toman todas las precauciones para determinar claramente quién es el encargado de crear el Derecho, y cuáles serán las normas que regirán el ejercicio del poder legislativo al proceder éste a dictar las leyes que regularán la vida de los ciudadanos. La nueva constitución —continuemos con nuestra suposición— dispone que el supremo órgano legislativo, creador del Derecho, es el poder legislativo, cuyos miembros han de ser escogidos sobre la base de un proceso electoral pautado por la carta fundamental. Todas estas normas son fielmente cumplidas. Al celebrar el nuevo Congreso su sesión inaugural, el primer acto legislativo que realiza consiste en promulgar una resolución que dispone mantener en secreto, frente a la ciudadanía, todas las leyes aprobadas. No hay en ese hecho nada violatorio al texto de la constitución, ya que ésta no trae disposición sobre la publicidad de las leyes, y en esto, dicho sea de paso, concuerda con la constitución de los Estados Unidos.

Seguramente se argumentará que el concepto de Derecho reclama el postulado de que las disposiciones que lo integran deben

darse a conocer, de una u otra manera, a los ciudadanos. Y esto con el fin de que los ciudadanos puedan saber lo que ellas disponen y, en consecuencia, adecuar su conducta a esos mandamientos. Pero admitir lo anterior significaría reconocer, en realidad, que el proceso creador del Derecho estatuido se halla él mismo sometido a ciertas normas implícitas. Y esto no es, obviamente, una suposición que agrada a quienes propugnan que el verdadero derecho es el derecho creado. Pero, por otra parte, tampoco terminan las dificultades con las leyes no publicadas. ¿Qué debemos pensar sobre las leyes ininteligibles; de una ley que contenga contradicciones internas y que parezca anularse a sí misma? ¿Qué puede decirse de una Ley que postule el deber de cumplir un determinado acto más allá de los límites de la capacidad humana? Y, por último, ¿qué sucede con una ley retroactiva que declare ilegal un acto perfectamente válido para el momento de su ejecución?

Aunque las posibilidades de que se produzcan tales aberraciones legislativas se hallan prácticamente descartadas por el sentido común, y por las más elementales normas de honestidad, la historia, sin embargo, ofrece muy poco sostén a esta confianza inicial. Por ejemplo, los casos de leyes penales retroactivas, en una diversidad de contextos humanos, pueblan los siglos de los anales históricos. Si lo que se busca es garantizar el objetivo de crear leyes que puedan guiar la conducta humana, éstas deben ser dictadas en atención al futuro y sólo deben regir las acciones que se produzcan después de su promulgación. Pero si se es dueño del poder de crear el Derecho, y si el fin perseguido es la eliminación de un enemigo sobre el cual no se puede hacer recaer ninguna violación del derecho vigente, entonces qué mejor expediente que el de promulgar una ley que disponga que lo realizado por ese sujeto, la semana pasada, debe estimarse un delito de estado.

Este tipo de atropello alcanzó un clima grotesco durante la Alemania nazi. Las expectativas normales que suelen acompañar la creación del derecho fueron violadas por el gobierno de Hitler

en una escala y frecuencia inimaginables. Tribunales militares especiales, que juzgaban a ciudadanos acusados de actos subversivos, a menudo llegaban a dictar fallos en completa desavenencia con las provisiones dictadas por los propios nazis, con lo cual hacían inútil todo esfuerzo del ciudadano por estudiar lo que podía o no podía hacer bajo el nuevo régimen. Se hizo uso holgado de la legislación retroactiva. Hay quienes sostienen que fueron promulgadas numerosas leyes, aunque es muy difícil saber hasta que punto se extendió esa práctica, por cuanto los nazis adoptaron una actitud de franca indiferencia en lo concerniente a la publicidad de sus propias "leyes". Existen estudiosos del Derecho que afirman que aunque las leyes promulgadas durante Hitler eran esencialmente condenables por los objetivos que perseguían, no por esto deben dejarse de considerar tan Derecho como el promulgado, para la misma época, en Inglaterra o en Suiza. Según los términos del análisis que acabamos de ofrecer, esto significa que el poder creador de derecho, una vez que se acepta como tal, no puede contener implícita ninguna limitación. La creación jurídica no admite normas implícitas. Si se llevara a sus últimas consecuencias esta posición, tendríamos que admitir que un volumen entero de leyes, secretamente promulgadas y encerradas en una caja fuerte, sería "tan Derecho" como una compilación legislativa entregada a cada ciudadano, y redactada en el lenguaje más llano de las personas sobre las cuales habrá de recaer su aplicación.

Por supuesto que existen muchos países que poseen constituciones escritas que regulan y controlan la actividad legislativa. Estas constituciones llegan a prescribir la forma que deben revestir las leyes para que puedan considerarse como válidas. En otras palabras, la Constitución puede fijar de antemano las normas que determinarán qué tipo de actos legislativos deberán ser considerados como leyes. Allí en donde exista una Constitución que obedezca a estos caracteres, parecería como si los tribunales no tuvieran la posibilidad de recurrir a una implícita comprensión de la naturaleza del Derecho, ya que la Constitución, siendo ella misma una especie de "derecho estatuido", estaría capa-

citada —en su carácter de super norma creada por el hombre— para responder si un determinado acto legislativo merece o no el calificativo de Derecho.

Pero existen por lo menos cuatro razones para justificar el fracaso de cualquier intento que busque liberar al Derecho creado de la dependencia de normas implícitas o inherentes a la "creación jurídica". En primer lugar, las anomalías más grotescas, provenientes de las concepciones más usuales del Derecho, son, precisamente, las que suele olvidar el legislador constitucional. Una de las cosas más obvias sobre el derecho es que debería haber algún medio para que el ciudadano pudiera enterarse de su contenido. No obstante, la constitución de los Estados Unidos no trae ninguna disposición que exija la publicidad de las leyes. La razón explicativa de esta omisión se halla sugerida en el siguiente pasaje del filósofo Wittgenstein:

Alguien me dice: "Enséñales un juego a los niños". Les enseñé a jugar a los dados, y ese alguien me dijo: "Yo no quise decir que les enseñaras esa clase de juego". ¿Acaso la exclusión del juego de dados ha debido hacerse presente en su mente antes de darme la orden?

Sin duda alguna que quien dio la orden puede responder: "claro está que no quise incluir el juego de dados, y la prueba está no en el hecho de que conscientemente lo haya descartado, sino en que esa clase de "juego" ni siquiera remotamente me cruzó la mente como posibilidad; en mis cálculos conscientes sencillamente no había ninguna posibilidad de encaminar mi mente hacia un resultado tan extravagante".

Si la Roma Imperial hubiera tenido una constitución escrita, difícilmente pudieran haber previsto sus creadores que el Emperador Calígula nombraría cónsul a su caballo. O que burlaría la exigencia de publicidad de las leyes imprimiendo las suyas en tan fina letra de molde, y ubicándolas tan alto, para que nadie pudiera leerlas.

La redacción de toda constitución se hace imposible a menos de que el redactor pueda suponer que el legislador concuerda con él en la admisión de ciertas nociones implícitas acerca de los límites de la decencia y honestidad. Si el redactor intentara prever todas las posibles arbitrariedades del poder legislativo, su constitución se convertiría en un museo de monstruosidades y desmanes. Y sería imposible concebir que una constitución semejante pudiera prestar una función educacional, o pudiera pretender conquistar para sí una promesa de adhesión.

En nuestra argumentación existe una segunda razón del por qué una constitución escrita no puede satisfactoriamente controlar la actividad legislativa, recurriendo únicamente a los principios previamente determinados por el legislativo. Esta reside en el hecho de que una ley determinada parece, en un contexto, incompatible con la noción misma del Derecho, esto es, ilegal, y, en otro, la misma ley puede servir un objetivo jurídicamente legítimo. El caso de la ley retroactiva configura un buen ejemplo del problema.

Si el Derecho tiene por misión encauzar la conducta del ciudadano que debe obedecer sus mandamientos, entonces resulta lógico pensar que el Derecho debe actuar con perspectiva "proyectante". Debe señalarle al ciudadano lo que éste debe hacer luego de haberse promulgado el texto de ley respectivo, y no dictarle lo que ha debido de hacer antes de la entrada en vigor de la ley. Los constituyentes de New Hampshire, agregaron a esas exigencias de sentido común, unas notas de indignación moral, al incluir, en la parte correspondiente a la creación del derecho, el lenguaje siguiente:

"Las leyes retroactivas son sumamente injuriosas, represivas e injustas. Ninguna de estas leyes, por consiguiente, debe crearse ni para decisiones de causas civiles, ni para el castigo de ofensas".

Esto parece dar por resuelto el problema y convertir en norma explícita, expresa, creada, lo que anteriormente sólo se hallaba en estado de condicionamiento implícito de la caracterización mental más común del Derecho. Pero muchas dificultades aguar-

daban a los tribunales encargados de aplicar esas disposiciones. En efecto, ¿cómo resolver una situación que se plantea de la manera siguiente?: El Poder Legislativo promulga una ley. Dicha ley prevé que a partir de su promulgación ningún matrimonio será válido, a menos de que los contrayentes llenen una planilla y la devuelvan, a la oficina Central, dentro de los cinco días siguientes de la celebración del matrimonio. Justo antes de que la mencionada disposición entre en vigor, un incendio destruye la oficina de Imprenta, y durante seis meses el Estado no puede asegurar la provisión de las planillas exigidas. Entretanto, el Poder legislativo ha entrado en receso y no existe ninguna forma legal para revocar la ley, o para suspender sus efectos. Antes de que las Cámaras puedan sesionar de nuevo, miles de parejas realizan la ceremonia matrimonial, pero como no pueden dar cumplimiento al requisito de la planilla, el matrimonio celebrado resulta, de acuerdo con lo dispuesto por la ley, inválido y, en consecuencia, nacerán muchos hijos ilegítimos. El Congreso, al sesionar de nuevo, en su primer acto legislativo promulga una ley retroactiva que limpia de todo vicio los matrimonios celebrados en el interín.

La Corte Suprema de New Hampshire se vio efectivamente obligada a admitir la validez constitucional de unas medidas curativas semejantes a las anteriores. Pero, a decir verdad, éstas encajaron dentro de un marco mucho menos dramático que el que hemos pintado aquí. Los jueces se encontraron ante la embarazosa situación de tener que decidir que la norma constitucional realmente no significaba, a pesar de su categórico lenguaje, lo que ella misma disponía. Y que en algunas ocasiones el legislar retroactivamente no era ni "altamente injurioso, ni opresivo e injusto", sino que podía resultar inocuo y beneficioso.

Esta experiencia parece recomendar la conversión de la necesidad sentida e implícita de recurrir a la legislación retroactiva, en una norma constitucional explícita, expresa, creada. ¿Por qué no enmendar, por ejemplo, la disposición en contra de las leyes retroactivas añadiendo las palabras siguientes: . . . "pero esta dispo-

sición no será aplicable a las leyes que tiendan a subsanar vicios de forma de otras disposiciones"?

Pero con esto no bastaría. Supongamos que un ciudadano es acusado de asesinato. Que es juzgado, hallado culpable y sentenciado a la horca. Todo ello en un juicio presidido por un hombre que en apariencia detentaba el cargo de juez, pero que, en verdad, como consecuencia de una "irregularidad", no ocupaba válidamente dicha dignidad. Parece natural que antes de entrar en la consideración de la ley retroactiva que convalidaría la autoridad viciada del juez, nos parezca prudente saber algo más acerca de la "irregularidad" que afecta su posición. Y para evocar aquí las monstruosidades que pueden cometerse al amparo de estas medidas curativas, nos basta tan sólo con hacer una breve visita a ese centro de horrores jurídicos que fue la Alemania hitlerista. En 1934 se había notado un descontento en el partido nazi al agruparse unos elementos disidentes, en torno a la figura de Ernst Rohm, en Munich. Cuando Hitler husmeó la situación, él y sus secuaces hicieron un viaje apresurado a Munich, en donde abatieron a balazos a Rhom, y a unos setenta partidarios de este último. A su regreso a Berlín Hitler declaró que al tomar esa medida había actuado como representante del "supremo Poder Judicial del pueblo alemán". El hecho de no haber sido investido para el cargo, y de que ningún juicio se celebró para condenar a sus víctimas, fueros considerados como "defectos de forma" que prontamente se subsanaron por una ley retroactiva. Se convirtió así la matanza en ejecución legal.

El caso de las leyes retroactivas demuestra lo difícil que es convertir las exigencias implícitas de decoro legal, en limitaciones constitucionales explícitas. Puede resultar útil que nos detengamos brevemente sobre otro ejemplo ilustrativo de la dificultad. Un viejo y sabio precepto, que arranca por lo menos desde el tabú romano contrario al *"privilegium"*, dispone que las leyes deben ser "generales". Que deben ser dirigidas no a particulares, sino a una generalidad o clase de personas (verbigracia, a todos los "dueños de casa"). Consecuentemente, un cierto número

de Estados Norteamericanos han incluido en sus constituciones prohibiciones en contra de leyes "privadas o selectivas". Y este tipo de disposición selectiva ha suscitado innumerables dificultades.

El problema reside en que las leyes "privadas" o dirigidas a particulares, al igual que las disposiciones retrospectivas, sólo pueden juzgarse dentro de un contexto específico. Ya hemos expuesto un ejemplo de un "derecho para particulares" inofensivo y beneficioso, un "privilegium" que sirvió, en vez de perjudicar, la causa de la legalidad. Un juez sobornado, ilegalmente confirma la invalidez de una patente. Transcurren siete años antes de que se descubra su perfidia. El caso es repuesto a su estado original y es juzgado por un tribunal reconstituido que declara la patente válida. Este nuevo fallo le devuelve a la parte agraviada el derecho a su patente, pero nada dispone acerca de los siete años durante los cuales se vio deprovisto de las ganancias que, de lo contrario, hubiera percibido. Ante esta injusticia los tribunales permanecen impotentes. No pueden corregirla. No poseen ninguna autoridad para extender o conceder patentes. El otorgamiento de patentes depende de la Oficina de Patentes que actúa bajo licencia del Congreso. Para subsanar la situación se recurrió a un acto especial del Congreso que extendió la vida de la patente por siete años. No surgió, ante ese expediente rectificador, ninguna dificultad constitucional, ya que se da el caso que la constitución de los Estados Unidos no trae ninguna disposición general prohibitiva sobre legislación privada o selectiva. Omisión ésta que ha permitido históricamente, contrariamente al caso en cuestión, la comisión de atropellos que no hubiesen sido posibles bajo muchas de las constituciones de los Estados de la Unión.

Conviene recordar que nos hallamos analizando la medida en que una constitución escrita puede dispensar de la necesidad de recurrir a lo que podríamos denominar "las normas implícitas

de la creación jurídica", o limitaciones al poder gubernamental, que descansan en la concepción generalmente aceptadas de lo que significa un estado de derecho. Ya hemos señalado, primero, que es imposible (y no sería probablemente deseable) que el legislador constitucional busque prever todas las formas más extravagantes en que pueden ser violadas las expectativas que normalmente acompañan el ejercicio del poder gubernamental. Una disposición que determinara que el cargo de Cónsul sólo puede ser ejercido por un hombre, y no por un caballo, haría muy extraña la lectura del texto constitucional. En segundo lugar, hemos hecho observar, además, que ciertas desviaciones de las prácticas usuales de la creación jurídica, tales como las inherentes a las leyes selectivas o a las retroactivas, aunque resultan totalmente condenables en la gran mayoría de contextos, pueden, en algunos casos, revelarse como servidoras de los fines de la equidad y de la legalidad.

Una tercera limitación acerca de la previsión constitucional radica en la dificultad de anticiparse a las posibles situaciones de emergencia, y de prever las modificaciones que se haga necesario realizar para poder hacerle frente a dichas situaciones. Uno de los principios más obvios del Derecho consiste en la doble necesidad de publicarlo y de hacerlo accesible a sus usuarios. Para que una constitución escrita le haga frente a esa necesidad, la vía más natural implicaría prescribir, en el texto constitucional, alguna forma de publicidad, con la estipulación expresa de que ninguna ley entrará en vigor si antes no se vence un plazo, digamos de una semana, después de publicada. Esta medida permite que la noticia pueda —por así decirlo— esparcirse. Este lapso, beneficioso bajo circunstancias normales, puede engendrar efectos desastrosos bajo el imperio de una abrupta emergencia nacional. Y, al mismo tiempo, resultaría inútil demorar la fecha de la ley, pues todos estarían pendientes de la decisión legislativa y la noticia probablemente se extendería muy rápidamente.

Algunas constituciones, como es sabido, conceden al poder gubernamental la posibilidad de declarar el país en estado de emergencia. Durante esa emergencia nacional se suspenden ciertas limitaciones constitucionales que rigen el ejercicio del Poder Ejecutivo. Las experiencias habidas bajo esas disposiciones constitucionales no han sido felices. Paradójicamente, parece más acertado fundamentar la suspensión de las limitaciones constitucionales sobre la base de una implícita necesidad, oportunamente percibida por la inmensa mayoría de los ciudadanos, que sobre una atribución explícitamente concedida. Por cuanto ésta puede servir, a través de su formalización verbal, para revestir de legalidad al despotismo.

Existe una cuarta y última razón acerca del por qué una constitución escrita no puede dispensarse de recurrir a los principios implícitos, informulables, de la integridad del Derecho y de toda actividad gubernamental ordenada. Estriba en el simple hecho de que antes de que puedan ser aplicadas, las palabras de una constitución necesitan ser interpretadas. Hasta ahora hemos dado por supuesto que la tarea principal de interpretación era asumida por los tribunales regulares, como es el caso en los Estados Unidos. Ya que hay países con constituciones escritas, en los cuales la interpretación es encomendada a "tribunales constitucionales" especiales. O es dejada en manos del propio legislador, sobre quien recae entonces la tarea de interpretar los límites de su propio poder. Pero para los objetivos que aquí perseguimos, nos basta con observar que, cualquiera que sea la entidad encargada de las labores de interpretación, esa tarea —cuando se analiza concienzudamente— permanece inalterable y revela esencialmente los mismos problemas.

Ya en una oportunidad anteriormente hemos visto la falacia en que se incurre al suponer que el juez sencillamente extrae, del texto legislativo, el sentido que allí insertó el legislador. En el supuesto hipotético de una ley que prohibía la entrada de

vehículos a un parque, vimos como al determinar los efectos de la ley el tribunal debía forzosamente formularse esta pregunta: ¿para qué sirven los parques? La respuesta a este interrogante tuvo que buscarse en lo que podríamos denominar las fuentes implícitas del Derecho, que provienen de los usos, prácticas y actitudes de la comunidad, así como de un cierto consenso acerca del uso más conveniente que debe asignársele a las áreas recreacionales. Las consideraciones que hacen vana la suposición de que una ley puede ser separada del ámbito de desarrollo vital dentro del cual fue proyectado, se aplican en retaliativamente sobre la materia de la interpretación constitucional.

La mejor ilustración de esto —en Estados Unidos— llega a tocar el aspecto central de todo el sistema constitucional. Esto es, el poder de los tribunales para declarar la inconstitucionalidad de las leyes. Esta supercompetencia no se encuentra atribuida explícitamente al Poder Judicial en ningún pasaje de esa Constitución. En el mejor de los casos sólo puede ser concebida como implicación subsidiaria de las palabras fundamentalmente consagradas a otros tópicos. Ahora bien, el fundamento más sólido de esa competencia no descansa en la constitución. Yace, por el contrario, en una necesidad interna, implícita a todo el andamiaje jurídico-administrativo engendrado por el texto constitucional. Y esta última consideración, se hace aún más sugerente cuando se presenta el caso de un conflicto entre las leyes del Congreso Federal y las disposiciones de igual naturaleza emanadas de las asambleas legislativas de los Estados de la Unión. En efecto, la importancia de lo anterior radica en que el tribunal determina los linderos jurisdiccionales que delimitan el Poder Federal de los poderes estatales. Sin esta precisa competencia judicial, hubiera sido casi imposible imaginarse el funcionamiento del sistema federal norteamericano. Este poder sencillamente tenía que existir, y, en consecuencia, existe.

Cualquier estructura gubernamental implica un complejo sistema de interrelaciones y poderes complementarios. Es necesario, cualquiera que sea la forma que se emplee, que estos poderes con-

cuerden entre sí. El medio más tentador para lograr esa concordancia es someter esos poderes a un despotismo como suprema instancia centralizadora. Y esta solución, claro está, significaría el fin del régimen constitucional. Por otra parte, ningún legislador constitucional puede prever los puntos de posible fricción que se harán presentes en un futuro, al enfrentarse la estructura por él creada con las exigencias planteadas por las nuevas circunstancias, las cuales, de esta forma, someterán a prueba la resistencia de lo creado. La solución de esta dificultad se encuentra en una interpretación de la Constitución que no sólo respete las palabras, sino también los ideales implícitos en ellas y que propugnan un gobierno ordenado y respetuoso.

Reflexionando un poco sobre la complejidad de las constituciones modernas, y sobre la dependencia dramática que estas reflejan en cuanto la integridad, capacidad crítica y perspicacia de quienes deben interpretarlas y aplicarlas, a veces se llega a añorar la simplicidad de los días de la monarquía absoluta. En aquellos tiempos, lo que decía el monarca *era* derecho, y esa manifestación daba por resuelto el asunto. Era la época del apogeo del Derecho estatuido; el mandato humano engendraba puras, libres de toda contaminación, las "normas de la creación del Derecho", escrito u oral. O por lo menos así nos parece desde nuestra perspectiva actual. En realidad el problema es mucho más complejo.

Ya hemos dicho que la última fase descrita por Maine sobre la evolución del Derecho, la legislativa, no llegó a la existencia de la noche a la mañana. Las primeras incursiones en ese campo fueron vacilantes y fragmentarias. El monarca "absoluto" podía proceder a ordenarle a un plebeyo que le entregara a su esposa, pero de este acto no se desprendía que el monarca estuviese ordenando una revisión fundamental de las leyes generales del matrimonio. Además, en caso de sentirse inclinado a legislar en forma general, se hacían presentes sabios y sacerdotes que rodeándole pretendían aconsejarle acerca de lo que debía o no debía "legalmente" hacer para crear Derecho.

La limitación implícita más importante de la actividad creadora del Derecho residía, sin embargo, en el hecho de que su reino algún día iba a acabar. Si tenía suerte suficiente como para conservar el trono hasta su muerte, debía contar con algún procedimiento que le permitiera designar su sucesor. En este sentido el principio que guarda más concordancia con la teoría que reduce todo derecho a su versión creada, consiste en este caso, en que el propio creador del derecho tenía el poder suficiente para nombrar su sucesor. Durante el curso de la historia ha habido oportunidades en que se ha cumplido ese procedimiento. Pero este nunca ha alcanzado una aceptación segura. Los hombres que detentan la plenitud del poder raras veces consienten en aceptar rivales, aún los que surgen de su propia elección; y, por otra parte, los hombres que ven languidecer su poder tampoco suelen atinar en el nombramiento de sucesores, aún en el supuesto, improbable, de que reconozcan que les ha llegado la hora de despedirse del poder.

En la práctica efectiva, la sucesión es regida por algún vínculo de parentesco definido con el monarca saliente. Si el parentesco es simple (digamos el hijo mayor), la regla sucesoral puede no cumplirse por cuanto el sucesor podría no existir o ser un incapaz. Si la regla de parentesco es compleja, cubriendo una amplia extensión de parientes, entonces la sucesión puede desencadenar fácilmente rencillas y hasta una guerra civil. Pero, en cualquier caso, e independientemente de cual sea la regla vigente, lo cierto es que la regla sucesoral no puede ser de ningún modo una norma simplemente creada o estatuida. Debe descansar, por el contrario, en la necesidad consciente de evitar el caos; y sus términos serán fijados no por la promulgación expresa, sino por una tradición aceptada y reforzada por la convicción general que existe acerca de su legitimidad.

El poder monárquico presenta sus crisis más agudas cuando el monarca es desplazado del trono antes de su muerte. Este desplazamiento, o amenaza de deposición, puede presentarse de diversas formas. Un cuerpo de ancianos, constituyéndose en Con-

sejo, quizá sin el apoyo de ningún precedente, declara destituido al monarca; un pretendiente al trono supuestamente descubre un vicio en el título del monarca reinante y se declara rey; una facción insurgida busca por las armas deponer al rey imperante. Los historiadores probablemente conciben esta diversidad de modos de adquirir una corona en términos de luchas por el poder. Pero esta serie de asonadas raramente aparecen desasistidas de pretensiones de legitimidad; defensores y opositores buscan normalmente sentar sus aspiraciones en el Derecho implícito. Los argumentos que de parte y parte se esgrimen no dejan de ser en algo plausibles. Pero el hecho de que se acude a esas pretensiones de legitimidad, y que se actúa en nombre de ellas, tiende a imponer limitaciones —una vez acallado el conflicto— a la actividad futura de la facción victoriosa. Una vez que ésta alcanza la posición buscada en nombre del derecho, asume para sí una obligación frente a los principios de la moral del derecho; celebra, de hecho, un pacto tácito con sus súbditos consistente en hacer las leyes respetando lo que aquí hemos calificado de *"normas implícitas de la creación jurídica"*.

Un último problema merece una breve consideración antes de que cerremos el capítulo sobre los elementos implícitos del Derecho. Se trata de un problema que surge ante la siguiente situación: Un gobierno establecido es derrocado por una irrupción violenta; los rebeldes se hacen cargo del poder por seis meses. Durante ese tiempo éstos rechazan un sinnúmero de leyes del antiguo régimen, y promulgan, en su lugar, nuevas disposiciones. Después de ese lapso el antiguo régimen vuelve a asumir el poder. ¿Qué leyes deben regir los sucesos ocurridos durante los seis meses del poder rebelde? ¿Se declaran o no ilegítimos los hijos nacidos bajo el imperio de las nuevas leyes matrimoniales dictadas por el régimen rebelde, y ahora desconocidas por el régimen depuesto? ¿Si declaramos legales dichos matrimonios, será también necesario mantener todas las expropiaciones realizadas bajo las leyes dictadas por el régimen rebelde, actualmente derrocado?

Son estas unas preguntas desconcertantes. Y han surgido en la realidad histórica inscritas dentro de una diversidad de contextos. La dificultad planteada en la Alemania de la post guerra al proceder a borrar los abusos de derecho que acaecieron bajo Hitler sirve como testimonio para recordarnos la dramática importancia del problema. Pero, por otra parte, el ejemplo de la experiencia alemana podría inducirnos, equivocadamente, a pensar que es sólo bajo el imperio de alguna monstruosa distorsión de los cánones morales normales que se presenta este tipo de problema. Y esto está muy lejos de la verdad.

Hacia el fin de la segunda guerra mundial, las tropas alemanas estaban siendo expulsadas fuera de Francia. Un cierto vacío de poder, que de alguna forma debía llenarse, iba acompañando esa retirada. Gobiernos provisionales creados por los franceses fueron surgiendo. Se presentaban voluntarios para los cargos de alcalde, juez, etc., al igual que en casos de emergencia un ciudadano común asume la responsabilidad de dirigir el tráfico. Se instauraron tribunales provisionales encargados de juzgar a los colaboradores de las tropas ocupantes. Casi todo lo sucedido durante ese lapso estuvo bien intencionado, aunque lógicamente en una situación semejante era obvio que se presentaran arbitrariedades. Cuando un gobierno más en regla fue establecido se halló ante la tarea de sortear los desechos legales que dejó a su paso el gobierno provisional: confirmación, a pesar de su irregularidad, de tal acto; nulidad de tal otro, a pesar, quizá, de haberse cumplido con los requisitos formales.

Durante los años de 1840 el estado de Rhode Island pasó por una situación similar. Una guerra civil, poco conocida, la rebelión de Dor, hizo que esa diminuta parte de la Unión disfrutara, por un tiempo, de la dudosa bendición de poseer dos gobiernos, cada uno con su propia Constitución, ambos elegidos en épocas diferentes y también por distintos electorados. Cuando al fin se logró resolver la disputa, las complicaciones legales subsistentes se presentaron semejanzas con lo que sucede durante esos períodos en que es imposible decir claramente cual es o

no es la autoridad de donde emana el derecho. El hecho de que en Rhode Island no hubiera habido derramamiento de sangre, y que no hubiera habido el concurso de auténticos tránsfugas, en ninguno de los bandos opuestos, no alteró en nada la complejidad del problema.

La reflexión sobre estos ejemplos históricos, a pesar de que se producen fuera del ámbito de la experiencia humana normal, pueden arrojar una serie de lecciones muy beneficiosas para el derecho. Estas se reducen, por lo menos, a tres: (1) Los procesos normales de creación jurídica pueden fallar, o caer en confusiones, y ellos debido a una diversidad de causas. (2) Al hacer retornar la sociedad a un estado en que la legalidad sea un ideal realizable, no se puede obtener ninguna orientación útil de la concepción filosófica que reduzca todo derecho a su versión estatuida; este tipo de discurrir iusfilosófico es un lujo que sólo se permite una vez restaurado el estado de legalidad. (3) Las medidas que se hacen necesarias para la consecución de ese retorno, son medidas que serían enteramente censurables bajo condiciones normales. La más indispensable, entre todas ellas, es la legislación retroactiva, condenada por la constitución de New Hampshire como *"injuriosa, opresiva e injusta"*. Para parafrasear a Walter Begehot, podría afirmarse que los primeros peldaños de la escalera que conduce a la legalidad son muy inclinados.

Elementos Creados del Derecho Implícito

En la sección que acabamos de terminar, hemos intentado mostrar el porqué ninguna de las estructuras conceptuales de la teoría creacionista puede descansar enteramente sobre sí misma. Hicimos el intento por demostrar cómo cualquier sistema creacionista debe encontrar un asidero en fundamentos que no son engendrados por promulgación, sino que deben su existencia a una implícita y sentida necesidad de las circunstancias.

Nos toca ahora invertir la dirección dada a nuestro análisis. Hasta el presente hemos intentado demarcar los elementos im-

plícitos generalmente desapercibidos, en los distintos sistemas de Derecho estatuido. Es ahora cuando iniciamos una nueva tarea. Buscaremos delimitar los elementos de Derecho creado que invisiblemente moldean aquellos sistemas normativos normalmente considerados como totalmente implícitos. Nuestro principal interés se centrará en el tema que nos sirvió de introducción a la investigación llevada a cabo en nuestra Sección anterior: El Derecho Consuetudinario.

Ya hemos tratado con relativa amplitud la concepción reduccionista de Austin, quien quiso doblegar al Derecho consuetudinario hasta convertirlo en pieza adecuada a su sistema. Esto es, un sistema cimentado en la premisa que afirma que el verdadero Derecho es Derecho estatuido o promulgado por alguna autoridad pública. Si bien es cierto que el intento austiniano yerra en el blanco, no puede decirse lo mismo en relación con su torcida caracterización de ciertas actitudes frente al Derecho consuetudinario. Austin observa que "a los admiradores del Derecho consuetudinario les encanta dotar a su ídolo de atributos imponentes y misteriosos".

Pero eso deja incompleto el problema. De cuando en cuando en la literatura iusfilosófica se da el caso de una auténtica mística consuetudinaria. Presentemos esta concepción en su forma más patente y romántica; consiste en la siguiente afirmación: las mejores y más altas dotes intelectuales y morales se hallan expresadas en el Derecho consuetudinario. Este Derecho no es impuesto verticalmente por el soberano al súbdito, sino que surge espontáneamente de la interacción humana. La sanción que le asiste no es la fuerza bruta, sino la exigencia de una necesidad sentida. Necesidad esta que es discernida intuitivamente por aquellos sobre quienes se patentiza. El Derecho consuetudinario es infinitamente superior al producido por los procedimientos del legislativo, en donde los temas sufren distorsiones debido a racionalizaciones sólo en apariencia plausibles; o bien la redacción

final del proyecto significa su mutilación por efecto de los compromisos políticos de última hora, pactados estos últimos por los jefes de las fracciones partidistas que no conocen a fondo la problemática en juego. El Derecho consuetudinario es también claramente superior al que dictan los tribunales en sus decisiones judiciales. Esas decisiones provienen de jueces alejados de la realidad y son concebidas en una atmósfera abstracta y, por último, subsumidas en el lecho de Procusto del precedente judicial. El Derecho consuetudinario es no sólo mejor, substancialmente hablando, que el Derecho estatuido del adjudicativo, sino que, además, es mucho más democrático en cuanto a su origen, que cualquier otra forma de derecho. No es una manifestación jurídica hecha realidad por personas que insertan algunas señales dentro de las casillas impresas de un voto, sino que surge del intercambio de acciones humanas, conscientes todas de lo correcto y justo de sus propósitos.

Al tratar de presentar aquí un análisis algo más sobrio y realista del Derecho consuetudinario, nos ha parecido conveniente comenzar comparándolo con una forma de regulación social conexa: las relaciones contractuales explícitas. Las normas consuetudinarias, al igual que las contractuales, tienen en común una misma procedencia: ambos tipos de relación provienen de la situación particular de las partes que ellas mismas disciplinan, en vez de ser proyectadas sobre esa situación por una autoridad extraña. Es posible afirmar que en el Derecho contractual los elementos "creativos" predominan, mientras que en el Derecho consuetudinario es comúnmente concebido como una ejemplificación de lo "*implícito*" en el derecho. Esta combinación de afinidad y diversidad parece sugerirnos que la comparación entre ambas modalidades jurídicas puede revelarse muy útil.

Antes de emprender esa comparación debemos comenzar por hacer observar que así como la valoración del Derecho consuetudinario se desenvuelve en una atmósfera de extravagancia poética, asimismo, una cierta mística también suele envolver la figura contractual. Esta figura social es algunas veces presentada como

si ofreciera y asegurara el camino hacia una paz universal. Como si a través de la contratación, asistidos de su buena fe, todos los hombres de buena voluntad pudieran negociar, en todas las circunstancias, sus diferencias. Cuando en una sociedad se presentan profundas divergencias entre sus miembros, los encargados de hallar las respuestas se debaten ante la elección de tres posibles procedimientos: (1) recurrir a alguna forma de determinación judicial por un árbtiro imparcial; (2) esperar una decisión legislativa; (3) esperar que las partes opositoras acudan a algún tipo de relación contractual para transigir sus diferencias. Y en estas ocasiones son muy frecuentes los pronunciamientos en favor de la tercera vía. "Una transacción es siempre mejor que una solución impuesta". Algunas veces esta afirmación parece conllevar implícitamente que un arreglo transaccional no sólo sirve los intereses de ambas partes mejor que cualquier otro, sino que es la solución que más fielmente representa el interés público. Este tipo de apreciación, al exagerar los méritos y bondades de un sistema normativo-social, desdice su necesaria e indudable utilidad.

Al ir afinando nuestro análisis del contrato, lo primero que salta a nuestra vista es la peculiaridad característica de su nomenclatura. Un contrato celebrado por las partes, formalmente válido, con objeto legítimo, es una ley en miniatura. Si se desean conocer cuáles son los derechos y deberes de los contratantes, dentro del ámbito regido por el nexo contractual, habrán de tenerse en cuenta los términos del contrato. En caso de litigio, los tribunales interpretarán y aplicarán dichos términos, casi en la misma forma en que éstos aplican los dispositivos emanados del legislador. A pesar de esto, los abogados rara vez hacen uso de la expresión "ley entre las partes", aun cuando los romanos no tuvieron ningún escrúpulo en usar expresiones equivalentes a esa, y el Código Civil Francés dispone que el contrato "tiene fuerza de ley entre las partes".

Si hiciéramos caso omiso del uso lingüístico, y nos concentráramos en la sola substancia, los términos del contrato ciertamente

aparecerían como una especie particular del Derecho estatuido. Esta apreciación crítica acarrearía un sinnúmero de dificultades a la teoría que concibe la creación jurídica como un monopolio del Estado, y que niega el carácter de jurídico a lo que no provenga de esa fuente estatal. Ya que, en caso de admitirse una "ley del contrato", nos hallaríamos ante dos especies de Derecho estatuido: el legislativo y el contractual. La salida usual frente esta concepción dualista, consiste en afirmar que ese poder de crear reglas que regulan la propia conducta, que poseen las partes contratantes, es fruto de una delegación, o resulta tolerado por el poder legislativo del Estado. Y por su parte, esta explicación se estrella frente a la situación existente en muchos países, en donde no hay disposición legal alguna que conceda a los particulares el poder de vincularse jurídicamente celebrando un nexo contractual. Sucede con este poder que, durante siglos, sencillamente se ha dado por entendido. Su origen histórico es justamente una norma de Derecho implícito. Cifrando nuestro análisis en la realidad de la organización social, y no en las palabras, se hace posible llegar a la siguiente conclusión general: (1) los términos de un contrato jurídicamente vinculante constituyen una especie de *Derecho estatuido;* (a) el principio o regla rector, que fundamente la vinculación jurídica de esos términos, es una variedad de Derecho implícito, o, si se quiere, una especie de Derecho constitucional implícito. En lo que sigue a continuación nos desentenderemos totalmente de los usos lingüísticos de los juristas, y hablaremos abiertamente de "la ley del contrato" como una manera de expresar que las reglas establecidas por contrato vinculan a las partes, al tiempo que fijan sus derechos y deberes recíprocos.

Al entrar en el análisis del contrato como figura socio-reguladora, es necesario dejar de lado los contratos de venta pura y simple, en mercado abierto, cuya única condición es la fijación del precio. Se trata de ese tipo de operación mediante la cual, por ejemplo, A le vende a B cien quintales de harina al precio del mercado. La "ley" de ese tipo de contrato, esto es, las condiciones del precio, resulta del estado de la oferta y de la demanda. No es efec-

tivamente creada por las partes, pero sí resulta ser, ampliamente, una condición implícita del equilibrio de las fuerzas del mercado. Supongamos que A y B se hallan celebrando un convenio comercial mediante el cual A servirá de agente de ventas para algún producto fabricado por B. En las negociaciones se hallan pendientes las siguientes preguntas: ¿Cuál será la duración del contrato: uno, dos, quizá cinco años? ¿Cuál será la compensación de A: una simple comisión, o le será garantizada la entrega de una cierta suma anual? En caso de litigio, ¿se dispondrá recurrir al arbitraje? Y, en caso afirmativo, ¿cuál será el procedimiento que habrá de seguirse para designar los árbitros?

Ahora bien, indudablemente que la influencia de las fuerzas imperantes en el mercado no dejará de irradiar sus efectos sobre la negociación del convenio. La rata de comisión, por ejemplo, puede ser convenientemente substituida por una articulación entre las condiciones del mercado y la práctica corriente. Pero siempre habrá un gran margen de indeterminación en relación con el resultado final. Por último, la forma definitiva, acabada, del contrato, será determinada por los factores siguientes: ¿Quién engaña mejor a quién? ¿Quién tiene más visión y puede lograr rendir a la otra parte calificando sus pedimentos de desmedidos y motivados por una infundada desconfianza? ¿Cuál de las partes contratantes llegará más lejos en el juego de la *oferta y demanda* y cosechará así, quizá, una recompensa para su propia audacia? ¿Quién posee al alcance de su poder otros contratos semejantes al que se negocia y que pueden servir de modelo para la operación? ¿Cuáles son las vías alternativas que le quedan abiertas a uno de los contratantes para que, en caso de desventaja, éste pueda tomarlas o amenazar tomarlas? ¿Puede uno de los contratantes optar y explotar la conocida actitud del "socio en desacuerdo", al declarar que aunque la proposición de la otra parte le parece sumamente razonable, su socio (quien desafortunadamente no puede hacer acto de presencia) se opone terminantemente? ¿Será acaso posible que las partes puedan contar con la asistencia y desinteresada mediación de un tercero, que podría

guiarlas hacia una solución razonable y viable, que tradujera satisfactoriamente los intereses en juego, ya que, como se ha podido ver, no existe-"la"-solución correcta? ¿Y no resultarían inútiles los servicios de ese mediador, al tener en cuenta que las partes poseen suficiente experiencia comercial, y que las mismas tienen una clara conciencia de las vías que conducen al éxito común, posibilitando así la satisfacción recíproca de los respectivos intereses, sin aprovecharse indebidamente de la contraparte, evitando así la posibilidad de resentimientos futuros?

Es dentro de una atmósfera como la anterior, mezcla de previsión y azar, audacia y razonabilidad, desprendimiento y avaricia, que la ley contractual emerge a la existencia. ¿Y qué podremos decir de las condiciones que permiten el nacimiento del Derecho consuetudinario? Sobre este particular, debemos admitirlo, nuestra investigación se hace más difícil. Si nuestro objetivo general fuera hacer aquí una investigación exhaustiva de las normas consuetudinarias, nuestro inquirir tendría que internarse en el estudio de los tabús alimenticios, en la afinidad existente entre usos consuetudinarios y la visión animista de la naturaleza, y también realizar el examen de las interrelaciones entre la costumbre y la tecnología vigentes en una sociedad determinada. En consecuencia, cualquier investigación que obedezca a lo anterior nos alejaría sensiblemente de nuestro objetivo. Es por eso que limitaremos nuestro enfoque al estudio de las normas consuetudinarias que sirven directamente a la regulación —al tiempo que le trazan sus límites— de la consciente e intencional actividad interrelacional del hombre.

Ya dentro de esta área de nuestro tema, conviene hacer observar lo siguiente: las reglas de Derecho consuetudinario, o, más generalmente, las concepciones que sostienen que determinadas conductas son, en ciertas situaciones, obligatorias, no surgen simplemente de una repetición constante o habitual. El hecho de que un hombre, o grupo de hombres, realice inveteradamente una conducta uniforme, no implica, por sí solo, que ese comportamiento debe concebirse como un patrón normativo. Un intem-

pestivo incumplimiento de la rutina puede causar estupor. Pero normalmente la inobservancia de la rutina no conlleva ningún sentido injurioso o disoluto, a menos de que el autor del hecho haya ajustado, de alguna forma, su propia conducta a lo dispuesto previamente por el marco consuetudinario. El Derecho consuetudinario sólo impone cargas y prerrogativas, entre A y B, en aquellas situaciones en que la reciprocidad de intereses se halla entrelazada de tal forma, que cada contratante debe orientar su comportamiento en atención a una cierta expectativa generada por la conducta eventual de su contraparte. Si A y B, por ejemplo, viven en un mismo edificio, puede surgir espontáneamente entre ambas un uso. A tácitamente asumiría la obligación de cerrar la puerta de entrada en hora de la noche, y B, por su parte, asumiría la tarea de abrir la puerta en la mañana para permitir la entrada del lechero. Es perfectamente plausible que dicha práctica cobre una existencia plena, sin que las partes actoras crucen palabra alguna entre ellas. De esta manera, la conducta así establecida se convertiría, para ambos, en una repartición de cargas sobre la cual cada uno haría descansar su actuación. Esta mutua confianza en el cumplimiento de la acción de la otra parte, llegaría a constituirse en una especie de sistema jurídico en escala reducida.

El Derecho consuetudinario, surge, pues, de expectativas. Cada uno se guía, para el cumplimiento de su conducta, por la confianza depositada en la realización efectiva de la conducta de la otra parte. Encontramos entonces en el Derecho consuetudinario algo que se aproxima a un elemento contractual: el principio subyacente es, propiamente, una reciprocidad de expectativas. Esto es válido, en forma atenuada, aun cuando una determinada costumbre parezca enteramente unilateral, como resulta en el caso de un miembro de una tribu sobre quien recae la obligación, cada año, en época de cosecha, de entregarle a su jefe cinco sacos de grano. El sujeto determina su conducta ante la expectativa de que el jefe no le exigirá ni más ni menos de lo entregado. Si llegara el jefe a hacer variar sus exigencias en forma caprichosa, de año en año, nos hallaríamos en presencia no de un

tributo consuetudinario, sino de un arbitrario ejercicio del poder, lo cual, dicho sea de paso, es sumamente extraño en la sociedad primitiva. Es más, un tributo unilateral, como el anterior, es también poco frecuente en las sociedades arcaicas. Normalmente la estructura interaccional se desenvuelve dentro de un contexto animado por una mayor reciprocidad. Se espera del jefe, por ejemplo, que una vez que los tributos estén en su poder dé un festín (el "potlach") a sus vasallos.

El elemento de reciprocidad se hace particularmente relevante en el Derecho consuetudinario, al internarnos en el dominio de las relaciones comerciales en las que A y B, al pactar algún nexo comercial, tienen por fundamento un conjunto de usos y expectativas comerciales establecidas, no sólo entre ellos, sino comunes a otros comerciantes dedicados a negocios similares. Por consiguiente, en caso de presentarse algún litigio, los tribunales a menudo tienen la posibilidad de recurrir, para su solución, a la siguiente alternativa: pueden declarar que las partes se acogieron al Derecho consuetudinario, o bien pueden declarar que los contratantes tácitamente incorporaron a su negociación una disposición que hace obligatorio darle a cada quien lo que le corresponde de acuerdo con los dictados de la práctica comercial vigente. Y muy frecuentemente hay poca diferencia entre las dos soluciones. En efecto, aun en el caso que citamos de los dos vecinos que compartían las tareas de cerrar y abrir la puerta, aun ahí sería posible, y sin que parezca absurdo, concebir que las dos personas tácitamente celebraron un contrato para dar cumplimiento recíproco a los servicios que ambos se prestan.

Ahora bien, nuestro tratamiento del Derecho consuetudinario presentaría una imagen falsa, si de nuestra exposición se desprendiera que las normas del mismo siempre intervienen para fijar los términos y condiciones de colaboración entre contratantes amigos. Pero, en verdad, resulta todo lo contrario. El Derecho consuetudinario ha prestado quizá sus servicios históricos más significativos al trazar los límites entre partes en conflicto. Si bien es cierto que no ha podido abatir la guerra, al

menos ha servido para elevar la disputa de su nivel puramente destructivo al de una empresa constructiva en la cual se enfrentan disciplinadamente los intereses contrapuestos.

Esta labor histórica cumplida por el Derecho consuetudinario puede verse mejor mediante el ejemplo de una práctica que efectivamente existió. Supongamos que entre dos tribus de indígenas existe un conflicto latente. Se han sucedido un cierto número de escaramuzas aisladas y desvaídas. La tribu A decide que ha llegado la hora de buscarle una solución al conflicto. Envía un mensajero con la instrucción de lanzar una lanza en la aldea de la tribu B. Se le da al mensajero un arma característica de las usadas por la tribu A con la finalidad de que no exista duda acerca de su proveniencia. Se le dice que su lanzamiento sea hecho abiertamente, pero que no dañe a nadie, y una vez cumplida la misión, que se retire inmediatamente. Debemos suponer que se trata de la primera vez que se pone en práctica esta conducta. Los ancianos de la tribu B deliberan y declaran entender el mensaje que les ha sido enviado. Estos envían, a su vez, su mensajero y, después de algunas negociaciones, se llega a un arreglo pacífico de las diferencias. Esta forma de negociación se expande a las demás tribus, y con el tiempo la práctica de lanzar una lanza en la aldea enemiga se convierte en costumbre equivalente a ultimátum. La costumbre llega a adquirir un desarrollo tal, que la tribu que viole sus normas será condenada por transgresión del derecho intertribal.

Desde su primer uso el lanzamiento de la lanza tuvo el significado de una forma de comunicación. Lo que transmitía era relativamente vago. Su intención aproximada ha debido ser la siguiente: "Exigimos urgentemente que nos hagan saber las intenciones que Uds. tienen para con nosotros". Y, claro está, la respuesta ha podido revestir una diversidad de formas: ataque inminente (ante lo cual, es de suponer, que el contendor se hallaría preparado); una contraproposición para entablar negociaciones; o, quizá, transmitirles la nueva de que la tribu X acababa de ce-

lebrar una alianza con ellos, y que sería conveniente que depusieran las actitudes beligerantes.

Cualquiera que sea la respuesta, se hallará en ella implícita la expresión de intenciones recíprocas que muy bien podrían ser catalogadas de *"negociación abierta"*. Aun en el supuesto de que la parte que reciba el mensaje no dé ninguna contestación verbal, sino que prepare y ejecute un ataque, incluso en ese supuesto, la conducta asumida ofrece una claridad y sentido precisos, que no sería tan meridiana si no se tratara, como en efecto se trata, de una respuesta al lanzamiento de la lanza. Sin ese trasfondo comunicativo, el ataque —al menos en sus primeras fases— podría interpretarse como la simple continuación de las escaramuzas esporádicas del pasado. Mientras que al amparo de la costumbre establecida, cada contendor sabe inmediatamente lo que el otro espera de él, y puede, en consecuencia, obrar apropiadamente, para responder adecuadamente.

La sugerencia de que el Derecho consuetudinario en el caso anterior dio lugar a una "negociación abierta" puede extenderse a las prácticas consuetudinarias en general, incluyendo las que se encargan de regentar las negociaciones amistosas. Los abogados y los comerciantes a menudo se refieren a la conclusión de ciertos contratos como "abiertamente" pactados. Y esto quiere decir, para ellos, que aun cuando el contrato, como totalidad, deberá permanecer inalterado por un término, digamos, de cinco años, ciertas disposiciones del mismo prevén que podrán renegociarse periódicamente algunas de las modalidades que se hallan expuestas a variación. Lo que hemos querido entonces sugerir es que la cualidad de "negociación abierta" no es exclusiva de los contratos explícitos; sino que esta cualidad puede ser aplicada, desde el comienzo, a la interacción de las partes, la cual sólo alcanza una significación estable y uniforme, en la medida en que las expectativas recíprocas son luego fijadas con precisión por el hábito y la repetición.

Saliéndonos un poco de nuestro campo, pero para ilustrar el problema, podemos hacer uso de una analogía escénica. Al intere-

sarnos por la ley de un contrato explícito, podemos decir que el texto de los actores se hallaba redactado de antemano. Al escenificar la pieza, se espera que ellos sigan fielmente el guión, aunque necesariamente se acuerde conceder cierta discreción para la improvisación, en caso de que algo ande mal en el curso de la representación. Por el contrario, el Derecho consuetudinario es una improvisación desde el comienzo. Si alcanza coherencia y unidad al final, esto no habrá sido consecuencia de una decisión aislada, deliberada, sino el fruto emergente de la interacción y ejecución de los papeles de los componentes de la actuación.

Al hacer uso de esas analogías es ciertamente esencial tener presente que desde el inicio hasta el final, nuestro trato con esas distinciones es de grado, no de calidad. Decir que el contrato explícito es fuente de derecho resulta muy útil siempre y cuando se vea que, al igual que toda forma de Derecho creado, contiene, en una medida indefinida, elementos no formalizados verbalmente, esto es, elementos implícitos. Así también podemos decir que el Derecho consuetudinario es una forma de Derecho implícito, pero reteniendo siempre que en él entran elementos decisorios conscientes que se introducen sin predominar en su estructura.

Hasta ahora hemos venido comparando los procesos que culminan en la existencia del Derecho contractual y consuetudinario. ¿Qué podemos decir entonces del resultado final, del producto definitivo? ¿Existen diferencias entre el derecho que resulta de lo que hemos llamado *"negociación abierta"* —podríamos haberlo calificado también de *"negociación oblicua"*— y el derecho producido explícitamente, directamente? ¿Cuáles son los caracteres diferenciales?

La primera y más obvia observación consiste en afirmar que la ley de contrato normalmente se diferencia del Derecho consuetudinario por ser más *explícita:* sus términos no son el resultado de una inferencia, sino que "son textualmente plasmados" en palabras. Y esta explicitud no es propia únicamente del dere-

cho engendrado por el contrato, sino que se extiende a otras dimensiones.

En relación con la producción de efectos, o mejor con su entrada en vigor, el Derecho contractual normalmente no presenta dificultades. Suele ser práctica entre las partes el concebir el contrato como produciendo inmediatamente sus efectos. Y, en caso de haber aplazado las partes la producción de efectos, el contrato comenzará a engendrarlos el día, fecha y hora estipulados. Por el contrario, la costumbre normalmente emerge imperceptiblemente a la existencia, a medida que la interacción de las partes llegue a traducir un modelo de recíprocas expectativas. Sucede con la extinción de la costumbre lo mismo que con su nacimiento: es una característica de la costumbre el deslizarse insensiblemente hasta su completa desaparición. Un contrato, por el contrario, normalmente pautará una fecha de expiración precisa. Y lo mismo que acontece con el tiempo, sucede con las personas involucradas en ambas figuras. Un contrato normalmente especifica claramente quiénes son las partes contratantes que, consecuentemente, resultan vinculadas jurídicamente. La costumbre, al contrario, puede o no extenderse a aquellas personas que originalmente no participaron en su creación. A menudo se hace difícil saber cuándo esta extensión por contagio ha sucedido y, admitiendo ese supuesto, resulta aún difícil determinar la amplitud del imperio de la costumbre.

Todo esto puede parecer redundar en que el Derecho contractual es definitivamente superior al Derecho consuetudinario. Un sistema de normas jurídicas, se dice, debe poder estar en capacidad de delimitar claramente la situación de cada quien. Esto lo logra generalmente el Derecho contractual, mientras que el Derecho consuetudinario suele fallar en este aspecto. Pero antes de emitir un juicio definitivo, debemos pensar que en el campo de las relaciones sociales, la claridad y la explicitud pueden acarrear ventajas y desventajas. La gran ventaja que ofrece el Derecho consuetudinario, es que permite, en la fase del inicio de su gestación que los sujetos cuya conducta aspira a regir pueden *"acomo-*

darse y ver si les va bien". En caso negativo, es decir, que no les convenga, la práctica será normalmente abandonada antes de adquirir una rigidez que impida desecharla. Si no corresponde totalmente a las necesidades de la situación, sufrirá algunas alteraciones rectificatorias por parte de la interacción de las partes. En síntesis, no es una construcción acabada de antemano o hecha a medida. Es, por el contrario, algo que se desarrolla al compás de la evolución misma de la conducta de las partes.

A menudo los actos contractuales sobrevienen en el tiempo únicamente a causa de una cierta reciprocidad no formalizada en el convenio —pero presupuesto por el mismo— que se ajusta a un sinnúmero de contingencias no previstas para el momento en que se celebró el contrato. Muchos convenios, intrincados, complejos, contienen cláusulas (frecuentemente reguladoras de importantes materias) que en un principio parecen increíblemente ambiguas, pero con el tiempo adquieren una significación y limitación precisas a medida que las partes ejecutan el contrato. Hasta puede suceder, aunque parezca extraño, que las partes redacten deliberadamente en forma vagorosa las disposiciones claves del contrato. Y esto se debe a que las partes no pueden adelantarse a las circunstancias para determinar, de antemano, el tipo de acomodo recíproco más adecuado para satisfacer los intereses en juego. Ni tampoco pueden proceder a concertar, en consecuencia, las conductas más apropiadas para salvar un obstáculo aun no surgido. Las partes se esmeran por abrir un claro en medio de un bosque de párrafos, para que pueda crecer libremente el Derecho consuetudinario.

Todas estas observaciones redundan en la conclusión siguiente: todos aquellos casos que hacen que las partes no puedan prever —"presentir"— con seguridad, pueden hacer que un contrato explícito, destinado a cubrir todas las eventualidades, aparezca plenamente incapaz de regular la conducta de los contratantes. Y este tipo de situación exige recurrir a lo que se ha denominado "negociación abierta", lo cual caracteriza el surgimiento de normas consuetudinarias.

Existen, además, otras situaciones que no toleran el vínculo contractual. Sin embargo, éstas no obedecen a una falta de previsión, sino que dependen de la naturaleza misma de las relaciones materiales en juego. En efecto, hay un sinnúmero de relaciones que no pueden ser objeto de negociación contractual. Son, entre otras, las siguientes: (1) relaciones de parentesco; (2) relaciones entre enemigos; (3) y las relaciones jerárquicas que pretenden regular contractualmente una materia inherente a la autoridad del superior. Esto, traducido en otros términos, quiere decir que las partes, para que puedan celebrar legítimamente un contrato, deben contar con un cierto distanciamiento social óptimo. Ni muy cerca, ni demasiado distante, esa es la posición ideal; y ambas partes, además, deben estar en un mismo pie de igualdad, sin que eso sirva para comprometer la autoridad que uno de los contratantes tiene sobre el otro.

Aunque la práctica de celebrar contratos o "negocios" entre familiares no es del todo desconocida, lo que más promueve dudas no es tanto el hecho de su existencia, sino el porqué las partes que los celebran se ven imposibilitados de recurrir a la figura contractual. Para ilustrar la variación de nuestras actitudes frente a la figura contractual, en distintos contextos, daremos por supuesto que A y B "acaban de iniciar sus negociaciones". Si se trata de dos naciones enemigas, o de dos facciones rivales del gobierno nos contentaremos de que se hayan iniciado las negociaciones. Si se trata de marido y mujer, podríamos, concluir que nos hallamos ante el fin del matrimonio. Resulta claro, entonces, que los factores socioculturales son determinantes para la apreciación de la procedencia, en determinados contextos, de la regulación contractual. Por ejemplo, y esto sin duda no dejará de asombrar a los demás habitantes del planeta, en los Estados Unidos es frecuente ver cómo el granjero que explota su propiedad asistido por sus hijos, regula dicha explotación mediante un contrato que no difiere en nada de los que rigen las relaciones entre extraños.

Ahora bien, aunque las relaciones de parentesco suelen ser reacias a la regulación contractual, esto no significa que no toleren formas de avenimiento tácito semejantes a las que fundamentan las normas consuetudinarias. En efecto, podemos decir que entre familiares y amistades íntimas se hallan vigentes una serie de caracteres que eran característicos de la regulación de las sociedades primitivas. Entre amigos, por ejemplo, lo que enmarcado dentro de un contexto determinado puede aparecer como una permuta, puede resultar, en realidad, un gesto —tácitamente disfrazado— de clara y desprendida generosidad. Y entre familias a menudo surgen elementos que configuran algo que se aproxima a normas consuetudinarias, verbigracia, cuando se escuchan las frecuentes quejas de los niños: "Pero si yo no estoy obligado a hacer eso".

Ha sido frecuentemente afirmado, que una de las diferencias más notables que separa nuestra sociedad de la primitiva, es, precisamente, el escaso papel que el contrato jugó en la sociedad arcaica. Ahora bien, si esa aseveración apunta a la forma contractual previsiva, explícita, no hay duda de que es correcta. Pero no estaríamos en lo cierto si imaginamos que la sociedad primitiva desconocía el tipo de relaciones de reciprocidad que hemos tildado de "negociación abierta". Al contrario, es sobre la base de ese tipo de vinculación social que se levantaron los sistemas jurídicos primitivos. Para comprender la ausencia de la forma contractual explícita no hace falta recurrir a la falta de capacidad de la mente primitiva para percibir las ventajas de un comercio explícito. Con sólo tener presente que en esas sociedades no se cumplía el requisito mínimo de la distancia entre las partes, podremos percatarnos adecuadamente de la falta de contexto apropiado. En efecto, esas sociadades se hallan organizadas en atención a las líneas de parentesco familiar y tribal. Las amistades y los enemigos entran dentro del marco de una sociedad semejante, pero el rival amistoso sólo tendrá cabida dentro de ciertos contextos limitados, como por ejemplo, los mercados periódicos que se celebraban en ciertos lugares dedicados a determinadas variedades de comercio.

No se necesita ahondar mucho para percatarse que cuando dos personas sean enemigos declarados les resultará prácticamente imposible someter sus relaciones a un régimen contractual. Pero sobre este punto, como en muchos otros, el hombre no se halla desprovisto de recursos. En efecto, en lugar de negociar verbalmente, lo cual les resulta impracticable, pueden a menudo concertar una negociación viable mediante la abstención o el cumplimiento de acciones. Y de ese sistema de comunicación, imperfectamente formado, puede surgir un cuerpo de Derecho consuetudinario. Además, ha sido precisamente en la superación de obstáculos, de hostilidades, en donde el Derecho consuetudinario ha cumplido históricamente su función más importante.

Nos queda por considerar el tercero y último contexto social que rechaza la figura del contrato explícito. Se trata de las relaciones administrativas jerárquicas de superior a inferior. La imposibilidad contractual vigente en esta materia es sólo un aspecto de una limitación más amplia que planea sobre ella. En cierto modo la autoridad, por su naturaleza misma, siempre tiende a impedir la comunicación entre quienes la ejercen y quienes constituyen el objeto de su ejercicio. Quien detenta el control y ejercicio del poder frecuentemente llega a temer que una gestión demasiado meticulosa en aras del bienestar de sus administrados, pueda promover reacciones inconvenientes. Quienes así piensan, imaginan que aun la explicación y justificación de las leyes les roba a éstas algo de su carácter imperativo, e introduce en las relaciones de poder —subordinante-subordinado—, una cierta tónica de consejo amigable. Por otra parte, el subordinado vacila antes de dar a conocer sus quejas, ya que teme que sobre él recaigan nuevas imposiciones de conducta. Si alega que las normas que le son impuestas reflejan una comprensión equivocada de su situación, su propio alegato puede revelar a sus superiores aspectos que éstos entonces pretenderían corregir. Su situación se asemeja a la del hombre que recibe de su sastre un traje mal cortado. El cliente teme hacer ver al sastre el defecto, pues sabe que éste sólo tiene una única manera de corregirlos: hará que el traje le quede más apretado.

Las relaciones de poder, pues, se ven afectadas por un silencio muy significativo en todo lo relacionado con la existencia y ejercicio de la autoridad. Cada una de las partes de la relación, subordinante y subordinado, consideran inconveniente entrar en una forma de comunicación más estrecha y efectiva. El resultado es revelador. Los resentimientos y el descontento se acumulan y como consecuencia, las normas establecidas paulatinamente se vuelven ineficaces para el logro de los objetivos primigenios. Y el que esta situación sea desventajosa para el subordinado no debe dar lugar a dudas. Pero, cosa que suele olvidarse, esas circunstancias redundan igualmente en que tampoco los intereses del que controla el poder alcanzan completa satisfacción. Aun colocándonos en el peor de los supuestos de relación de poder —las relaciones entre señor y esclavo— esto resulta confirmado. El señor aspira a que, por lo menos, su esclavo conserve un buen estado de salud, una sana inteligencia y una conducta decente, para que así pueda ejecutar correctamente las instrucciones que recibe. Y de esto se deduce, por consiguiente, que el bienestar es algo que no puede ser efectivamente y artificialmente proyectado en la vida de alguien, si no se incorpora ese alguien en el objetivo que se persigue. En aquellas situaciones en que las restricciones tácitamente impuestas por ambos extremos de la relación de poder —subordinante-subordinado— se oponen empecinada y permanentemente a los necesarios reajustes, al producirse el estallido reivindicativo, normalmente devastador, las partes se conducen torpemente. Ensombrecen la conducta mutua por las perspectivas de una violencia latente.

Podría ser instructivo analizar un ejemplo de ese tipo de reajuste violento, el cual se repite históricamente con muchísima frecuencia. Nuestro ejemplo no consistirá en las relaciones entre señor y esclavo, sino, más bien, en su homólogo contemporáneo más cercano. Ante la acumulación de frustraciones y descontento por largo tiempo ininterrumpida, los presos de una penitenciaría se "lanzan a la huelga". Se reúnen en el comedor. Apresan como

rehenes a tres guardias. Rehúsan volver a sus celdas, y exigen entrar en tratos, pero sólo con alguien que representativamente pueda negociar un arreglo. Las amenazas de sanciones disciplinarias oficiales no quiebran la voluntad de los huelguistas. Un representante personal del gobernador del Estado es enviado al lugar de los hechos. Antes de entrar a parlamentar con los reclusos los periodistas le preguntan si buscará llegar a algún arreglo con los presos en huelga. La respuesta es un tajante "no". No habrá negociación. No habrá tampoco revisión de las quejas esgrimidas por los huelguistas, hasta tanto los prisioneros no liberen a los rehenes y regresen a sus celdas. Al ser interrogado acerca de si oiría las quejas de los reos, el enviado contestó que existía esa posibilidad, pero que de ningún modo "discutiría" sobre ellas, dando a entender con esto que quedaba cerrado el paso a toda negociación que pretendiera asirse sobre esos supuestos.

El enviado del gobernador entra a la prisión. Habla con los reclusos por más de tres horas. Al término de ese lapso, los reos liberan a sus rehenes y regresan a sus celdas. Al salir de la prisión se le pregunta al enviado si hubo un arreglo con los huelguistas. Contesta, de nuevo, con un rotundo "no". No obstante, afirma que someterá a la consideración del gobernador ciertas recomendaciones sobre la administración de prisiones. Muy pronto resulta evidente de que aunque no se llegó a un acuerdo explícito —y el enviado gubernamental fue sobre esto muy preciso—, se llegó a una especie de convenio fundado en expectativas recíprocas al cabo de la larga conversación. Entre esas expectativas fueron incluidas ciertas modificaciones sobre la administración y disciplina de la prisión. Estos cambios, originalmente vagos, van cobrando cuerpo en la medida en que son puestos en práctica y constituyen lo que podría denominarse el Derecho consuetudinario interno de la prisión.

He aquí, pues, otro ejemplo en que la negociación explícita debe ceder el paso a la llamada "negociación abierta", la cual engen-

dra un Derecho consuetudinario. Ante esa ilustración habrá a quienes les parecerá insólita la aparente hipocresía del caso. Pero esta hipocresía —podría recibir una calificación más apropiada, ambigüedad calculada— muy bien pudo haber sido la única vía concreta y práctica para la solución del conflicto. Debe tenerse presente, por lo demás, que las autoridades de la prisión tenían un interés legítimo al limitar al mínimum necesario sus relaciones con los reclusos, pues así evitaron que degeneraran en negociaciones diarias. Y los reclusos, por su parte, podrían haber percibido claramente que sus ventajas se hacían efectivas únicamente esquivando todo intento que indujera a las autoridades al reconocimiento del precedente, lo que hubiese sido el caso si hubiere mediado un acuerdo explícito.

La huelga que estalló en la prisión tolera el calificativo de motín. Otro ejemplo característico vendría dado, en materia laboral, por el paro ilegal. Un grupo de trabajadores descontentos, desoyendo las instrucciones del propio sindicato, y violando las disposiciones del contrato colectivo, van al paro en el departamento de la empresa donde trabajan. Este tipo de conflicto suele terminar —una vez que fracasa la amenaza de aplicar, sin distinción, las medidas disciplinarias— con un reajuste tácito de las mutuas expectativas. Y ese reajuste, reflejado en las palabras intercambiadas, sólo revela una imperfecta e indirecta traducción de la realidad.

En el análisis que ha ocupado nuestra atención, a lo largo de unos doce párrafos, nos hemos abocado a analizar las situaciones que no toleran, para el arreglo del conflicto de intereses, la figura del contrato explícito. En lugar de un vínculo contractual hemos visto retratada una situación que se puede asimilar a una especie de derecho consuetudinario. Nos queda por ver, aunque sea brevemente, los casos en que las normas consuetudinarias van más allá de los términos explícitamente consagrados en el contrato. El primer ejemplo de este tipo de caso no ofrece dificultad alguna. En efecto, el ejemplo se tipifica cuando las partes, habiendo celebrado un contrato que debe ejecutarse en el tiempo, insen-

siblemente se apartan de los términos pautados y erigen nuevas normas que contradicen lo dispuesto verbalmente en el contrato. Frente a esa situación cabe afirmar que el Contrato ha sido modificado por el acuerdo tácito de las partes. Pero esta es una solución demasiado fácil. Sería igualmente lícito afirmar, y hasta parecería una caracterización más precisa, que el contrato ha sido desarrollado más allá de lo explícitamente convenido por las partes, por obra de una especie de norma consuetudinaria interpartes.

Pero los otros ejemplos en que la acción, o mejor la interacción, revela más fielmente la realidad, son más complejos. En un contrato de trabajo escrito, el patrono le promete al empleado, además de su sueldo normal, una gratificación a fin de año. Esta promesa viene seguida, en el contrato, de los siguientes términos: "Queda claramente entendido por las partes firmantes, que la provisión de una gratificación aquí contenida no implica responsabilidad alguna a cargo de patrono, y que no podrá intentarse ninguna acción judicial para obtener la entrega de la misma, quedando entendido, por consiguiente, que el pago del bono descansa totalmente en la libre discreción del patrono". Se han dado numerosos casos en que los tribunales de los Estados Unidos han ordenado el pago de la gratificación a pesar de haberse previsto lo contrario en cláusulas idénticas a la anterior. Se consideró que, independientemente de la expresión formal, la expectativa del pago de la gratificación condiciona e informa la conducta de las partes. El empleado puede acogerse a ella para evitar solicitar un alza de sueldo; puede incluso rechazar una oferta de trabajo, pues tiene plena confianza en el pago del bono "discrecional". Más concretamente, la expectativa creada en el empleado por el pago de la gratificación se halla tan profundamente enraizada, que pasa a formar parte constitutiva de la relación laboral, la cual difícilmente puede resultar burlada por la expresión literal del convenio escrito.

Todavía queda por considerar un vicio más del contrato explícito como medio para regular las relaciones humanas. Se trata

del carácter auto-envolvente que fácilmente asume toda negociación lenta y prolongada. Y que afecta sensiblemente ciertos elementos del "yo" personal. (Debe tenerse en mente, no obstante, que para nuestros propósitos investigativos no hemos tomado en cuenta la chalanería, sino más bien los convenios que sirven de sistema regulativo para la conducta de las partes; lo cual les proporciona una estructura para toda colaboración futura, o, en el peor de los casos, un marco de disposiciones fijas que puede servir para imponer límites a la recíproca y eventual tendencia destructiva de las partes). Toda negociación debe ser considerada como un medio destinado al logro de un fin. Es el camino que las partes se trazan para llegar a un convenio que satisfaga las aspiraciones e intereses recíprocos. Pero, como todo medio, la negociación puede sufrir una desnaturalización al producirse su mutación: el medio se convierte en fin. La negociación se hace un juego sin más objetivo que el despliegue de su propia actividad. Este juego, además, es ejecutado con tanto descaro por quienes asumen ese papel lúdicro, que a menudo llegan hasta el sacrificio de sus propios intereses con tal de salir victoriosos de la prueba.

Debe recordarse que en toda negociación compleja los elementos que intervienen son susceptibles de recibir una doble valoración. Cuando, por ejemplo, un patrono recibe de parte de un sindicato una petición de aumento de las vacaciones anuales pagadas, normalmente no tiene ningún medio a su alcance para saber cómo será valorada esta específica concesión por sus empleados. No sabe, verbigracia, cómo reaccionarían éstos si les propone, en lugar del aumento anterior, un alza en las pensiones de beneficio, lo cual ha sido también pedido por ellos en sus negociaciones. Por su parte, el sindicato desconoce a cuanto ascenderán los gastos del patrón, en caso de aprobar éste el aumento sobre las partidas vacacionales. El patrono puede establecer la práctica habitual de aprovechar el período de vacaciones para hacer reparaciones e introducir cambios en su fábrica, y en este sentido una extensión del período anual, pagado, de vacaciones

podría traducirse en ciertas ventajas que compensarían el gasto directo incurrido. Por otra parte, la extensión de vacaciones pagadas también podría sobrevenir en un momento que afecte la posición competitiva del patrono, acarreándole, en consecuencia, serias desventajas. De allí que al entrar en negociaciones cada una de las partes debe tener, desde el comienzo, un cálculo acertado de sus propios intereses y una fundada suposición de los de su contraparte. A medida que se desarrolla la negociación, aparece, naturalmente la necesidad de hacer reajustes en la estimación original. Si las partes poseen experiencia, y tienen un genuino interés por llegar a un resultado satisfactorio, entonces los reajustes pasarán casi desapercibidos. Por el contrario, la situación será radicalmente distinta en caso de que las partes comiencen a querer jugar a la negociación tratando cada una de ellas de burlar al contrario. Y en caso de llegarse a un acuerdo dentro de una atmósfera como la anterior, ese convenio final no servirá adecuadamente los intereses de las partes. De esta manera cuando hablamos de los efectos perniciosos del auto-envolvimiento en las negociaciones, es necesario retener que el yo personal de la acción envolvente es sumamente difícil de despistar y es al mismo tiempo el elemento más pernicioso ya que, en realidad, no se trata de un "auto-engaño" individual, sino de un curioso fenómeno social que afecta lo que podría calificarse de "ego organizativo".

Uno de los observadores más perspicaces de los aspectos organizativos de la vida moderna, Chester Barnard, tiene un criterio penetrante sobre las distorsiones a que puede ser sometido el fenómeno transaccional, aun cuando se trate de astutos comerciantes dedicados al logro de sus beneficios:

"...la norma tiene que ser la entrega, en la medida de lo posible, de lo que es menos valioso para uno y más apreciable para el que recibe; y uno recibe lo que se considera más valioso y menos apreciable para el que entrega. Esto es puro sentido común.

Buen sentido comercial. Buen sentido social. Es buena técnica, y es la base para todo trato durable, amistoso y constructivo. Pero esto no quiere decir, desde el punto de vista del que recibe, que se entrega lo menos posible. . .

"Lo que frecuentemente encubre tan escueto hecho de la experiencia es que las evaluaciones subsiguientes pueden variar, y al suceder esos cambios se hace entonces demasiado tarde. Yo puedo pagarle gustosamente a un hombre $ 10 hoy, y luego, al día siguiente, percatarme de que necesito urgentemente $ 10, pero que no puedo hacer uso de los servicios ya pagados. Al suceder eso, me sentiré inclinado a pensar que hice un mal negocio. Entonces estaré observando hacia el pasado, omitiendo el presente. Esto conduce al siguiente razonamiento falaz: toda negociación *debe ser,* independiente del valor que tenga para mí, la expresión más alejada posible de lo que desea el *que la recibe.* Esta filosofía que consiste en dar lo menos posible y obtener el máximo, en atención a los bienes de la contraparte, es la fuente de malas relaciones comerciales, laborales, crediticias; malas relaciones de suministro, mala técnica. El posible margen de éxito cooperativo implícito en ella es demasiado frágil y estrecho como para evitar la destrucción que forzosamente generan los incentivos desatados por semejante manera de pensar" [6].

La actitud que lleva a los hombres a consentir la aceptación de una pequeña parte, para luego proclamar sonoramente que a pesar de eso le impidieron a la contraparte obtener lo que deseaba, no es una actitud privativa de los negocios. En efecto, no existe campo más propicio para este tipo de comportamiento que el de las relaciones internacionales. Empero, se trata de una cierta actitud engendrada por negociaciones explícitas. Cada parte se halla compelida a aferrarse a su posición, declarando lo que aspira y lo que no está dispuesto a ceder. Una vez más nos en-

6. *The Functions of the Executive,* Harvard University Press, Cambridge Mass., 1938, pp. 254-255.

contramos ante situaciones en las que fórmulas de avenimiento recíproco, menos explícitas, menos solemnes, pueden rendir mejores frutos. Al no verse obligada la persona a participar sus cambios de posición, se hallará dispuesta a ser más flexible. Si se le permite aparentar que no está concediendo demasiado, dará, en efecto, mucho más, y, al mismo tiempo, servirá mejor, más efectivamente, sus propios intereses.

Al concluir esta sección conviene recordar su título, "Los elementos implícitos del Derecho Creado", y relacionar más estrechamente el examen realizado con el rótulo en cuestión. Nos hemos ocupado con bastante detenimiento de la comparación entre el Derecho consuetudinario y el derecho resultante de las relaciones contractuales. Ambas formas jurídicas pueden ser consideradas como *implícitas* en el sentido de que se desarrollan a partir de —y responden a— la situación voluntariamente regulada por los contratantes, en lugar de ser creada explícitamente por algún legislador extraño a la referida situación. Al mismo tiempo, entre el contrato y el Derecho consuetudinario, el elemento "creador" predomina en el contrato, o sea, en la determinación de la ley de las partes, mientras que juega un papel mucho menos destacado en el Derecho consuetudinario. Pero el hecho de que exista tal diferencia, no debe inducirnos a olvidar que se trata, después de todo, de una diferencia de grado. Es esta una nota sobre la cual hemos insistido en repetidas oportunidades. Y el análisis que hemos llevado a cabo, se ha desarrollado sobre la base conceptual que sostiene que el Derecho consuetudinario no crece, de buenas a primeras, por su propia cuenta. Al contrario, en su nacimiento mismo traduce un acoplamiento recíproco de las expectativas que cada uno de los contratantes alimenta frente a la conducta eventual del otro. Sólo cuando el Derecho consuetudinario sea concebido a través de un criterio como el anterior, es cuando esa forma jurídica podrá ser valorada, en el campo de la regulación de las relaciones humanas, como una alternativa válida frente a la contratación explícita. Alternativa ésta que será, dentro de ciertos contextos, mucho más efectiva, y, en otros, por lo menos más accesible.

Debe también tenerse presente lo siguiente. Nuestro examen no ha sido únicamente consagrado a la forma más acabada del Derecho consuetudinario; esto es, al derecho resultante del cumplimiento prolongado y repetido de las interacciones constitutivas de las expectativas de las partes. No, nuestro análisis también se ha encarado con lo que pudiera caracterizarse como el Derecho consuetudinario en vías de gestación. Los tácitos acomodos que caracterizan esta etapa incipiente del Derecho consuetudinario pueden quizá aparecer como demasiado efímeros, no mereciendo, en consecuencia, el calificativo de Derecho. No obstante, pueden servir de plataforma sobre la cual puede posteriormente erguirse un orden más estable. Y esto resulta particularmente exacto en los casos cuyo objetivo inicial es evitar un conflicto abierto entre las partes.

Devolviéndonos en nuestra búsqueda, podemos evocar aquí que hemos sostenido que no existe una sola modalidad de regulación social que pueda pretender detentar un derecho preexistente a la efectividad y a la justicia. Existen varias. Cada una con sus vicios y defectos propios. La elección de estas formas depende de la capacidad que ellas demuestren para cumplir con las tareas emprendidas, y, menos lógicamente, esa elección dependerá de su disponibilidad. Al hablar de "disponibilidad" de estas formas de regulación social, tenemos presente tanto el problema de saber si esa forma particular se halla al alcance de la experiencia de las partes, y puede, por consiguiente, ingresar a su arsenal de posibles respuestas, como el problema de "el óptimum de distancia social" necesaria, analizado al tratar las limitaciones del contrato como fuente del orden social. En general, hemos distinguido tres formas distintas de regulación social: legislación explícita, contratación y Derecho consuetudinario. Cada una de ellas tiene sus ventajas especiales y sus inconvenientes, y al examinarlas detenidamente, todas presentan una mezcla de elementos "implícitos y creados".

Ha llegado el momento de dirigir nuestra atención sobre una institución —la Common Law— la cual, contemporáneamente,

se halla casi totalmente identificada con el sistema jurídico Anglo-americano. Al examinar la Common Law examinaremos, al mismo tiempo, la *determinación judicial* como fuente específica al orden jurídico social. Fuente ésta que debe ser colocada en un plano de igualdad con respecto a la legislación, la contratación y el Derecho consuetudinario. Por *determinación judicial* no nos referimos aquí al papel del juez como alguien que interpreta y aplica las leyes emanadas del legislativo. Nos referimos a un sistema jurídico fundamentado en la "creación judicial". Un sistema en que las normas para resolver las controversias no son "puestas" de antemano por ningún poder legislativo, sino que emergen del propio proceso de determinación.

La Common Law

Primero será necesario esclarecer brevemente un problema de terminología. Los equivalentes europeos para el término Common Law, especialmente en Alemania, han servido para designar un sistema emergente de derecho, basado en el modelo Romano, que hizo su aparición en una época anterior a la vigencia práctica de los parlamentos nacionales, es decir, antes de consagrarse históricamente la promulgación de leyes para el país. De acuerdo con esta acepción, la Common Law (gemeines recht), el derecho común, servía para distinguir aquel cuerpo jurídico común formado por el legado romano y el conjunto de leyes y costumbres locales. No será ésta, pues, la acepción del término que retendrá nuestra atención en la presente obra.

Y dentro del propio sistema inglés, la expresión ha recibido una doble connotación. La primera de ellas sirve para señalar el Derecho creado judicialmente que se distingue del Derecho legislativamente creado. Y esta primera connotación será la que retendremos para nuestro análisis. Pero dentro del propio sistema de creación judicial la expresión Common Law sirve para distinguir entre: (1) el derecho que se gesta a través de la actividad decisoria de los tribunales de la Common Law (Common Law

Courts), es decir, la jurisdicción ordinaria; y (2) el derecho que surge de las decisiones de un tribunal especial llamado Tribunal de Cancillería, o de "Equidad". Los tribunales o cortes de la Common Law constituían la antigua rama del poder judicial, teniendo, en consecuencia, una concepción restringida del proceso judicial. No conferían, por ejemplo, el remedio de la "ejecución forzosa" en materia contractual. Mediante ese recurso la parte favorecida por el fallo podía obtener de la Corte que se condenara a la parte perdedora al cumplimiento compulsivo de su obligación, en lugar de aceptar una indemnización monetaria, que constituía el remedio normal que para estos casos habían previsto los tribunales de la Common Law. Y en una época determinada del sistema anglo americano, se hizo necesario recurrir al Tribunal de Equidad para obtener, además de la "ejecución forzosa", otros remedios y ventajas substantivos. Hoy en día la distinción entre las dos jurisdicciones ya casi ha desaparecido, y el mismo sistema judicial administra tanto el "derecho común" como la "equidad".

Un uso diferente de la expresión se hace patente cuando distinguimos los diferentes sistemas jurídicos que rigen en las distintas naciones. Entre los países occidentales se distinguen dos grandes sistemas: los países de la Common Law y los países de "Derecho civil". Y dentro de este contexto, se considera que las naciones de la Common Law son aquellas que han seguido el modelo inglés, aunque una parte considerable del Derecho de esos países se encuentra contenida en disposiciones legislativas. Los países de "tradición civilista" por el contrario, se han acogido, en todo lo relativo a su vocabulario y conceptos, a la tradición romana. Y actualmente estas naciones se caracterizan por la existencia de codificaciones, legislativamente consagradas, de donde —al menos en teoría— se dice que los tribunales obtienen las normas que les permiten resolver los casos controvertidos. Puede decirse, en forma esquemática, que entre los países occidentales que se acogen a la Common Law se cuentan las naciones de habla inglesa, mientras que los países en donde impera la tra-

dición civilista prevalecen las lenguas modernas derivadas del latín. Ahora bien, y como suele suceder con toda clase de distinciones, existen casos excepcionales. El Estado Louisiana, por ejemplo, es un pequeño reducto civilista que se mantiene con cierto éxito en los Estados Unidos.

Una vez aclaradas estas cuestiones terminológicas, nuestro propósito se perfilará más claramente. Nos proponemos analizar las características de ese derecho judicial, es decir, el derecho proveniente de las decisiones judiciales, y, más propiamente, intentaremos examinar esa forma jurídica a través de su desarrollo en Inglaterra, y luego a través de su extensión por el mundo de habla inglesa. Ahora bien, hasta el presente hemos hecho uso frecuente de la expresión derecho "creado-judicialmente", desde este momento abandonaremos esa expresión. En efecto, nuestro objetivo principal será preguntarnos hasta qué punto el derecho judicial es, efectivamente, creado, y hasta qué punto presenta los caracteres propios del derecho "implícito".

Sobre este punto existe mucha divergencia entre los estudiosos del Derecho. La concepción tradicional, aún no abandonada del todo, sostenía que los tribunales no crean en absoluto el Derecho, sino que simplemente lo descubren. La concepción opuesta consiste en decir que el poder judicial crea el Derecho al igual que el legislativo. La única diferencia estriba en que el poder legislativo fija por adelantado una regla general, mientras que los tribunales desarrollan un cuerpo general de normas jurídicas a través del proceso decisorio, casuístico, que les permite resolver las diferentes controversias.

Pues bien, se puede decir que tanto los abogados practicantes como los mismos tribunales han usado siempre, y todavía usan, una especie de lenguaje ambiguo al describir la función judicial. Este fenómeno ha sido caracterizado por Maine en los términos siguientes:

"Nosotros, en Inglaterra, nos hemos acostumbrado a la extensión, modificación y mejoramiento del Derecho por intermedio de un mecanismo (el de la Common Law), el cual, teóricamente,

no es capaz de alterar ni siquiera una línea, o un ápice de la Jurisprudencia existente. El procedimiento mediante el cual se efectúa esta legislación virtual es, más que imperceptible, inconfesable. Con respecto a esa gran parte de nuestro sistema jurídico, que se encuentra constituida casuísticamente y registrada en los informes jurídicos, usamos, habitualmente, un lenguaje ambiguo, manteniendo también, según parece, una doble y contradictoria postura conceptual. Cuando una serie de hechos se presentan ante un tribunal inglés para ser juzgados, la confrontación que se desarrolla entre los abogados litigantes y el propio juez presupone que ninguna cuestión puede surgir, ni surge, sino en conformidad con la aplicación de principios precedentes; y en caso de hacerse distinciones, éstas tendrán que ser las que ya, desde hace mucho tiempo, han sido aceptadas. Se da absolutamente por sentado que en algún lado existe una norma de derecho ya establecido que puede regir los hechos en litigio, y que el hecho de no encontrar la norma en cuestión sólo indica que no se han desplegado ni la paciencia, ni los conocimientos o agudeza suficientes para encontrarla. Pero desde el momento mismo en que se emite el fallo, y que se registra el mismo, nos deslizamos inconsciente e imperceptiblemente hacia un nuevo lenguaje y una nueva forma de enfocar las cosas. Admitimos a partir de ese instante, que la nueva decisión ha modificado el derecho. Las normas aplicables se han hecho —para emplear una expresión inadecuada, frecuentemente empleada— más elásticas. En realidad lo que sucede es que han sido alteradas. Se ha agregado abiertamente algo a los precedentes... El hecho de que la antigua regla haya sido desechada, y que una nueva haya surgido en su lugar nos confunde. Y esto sucede porque no se tiene la costumbre de expresar, en un lenguaje preciso, las fórmulas jurídicas que hacen las veces de fuentes para la extracción de los precedentes. De allí que, en consecuencia, cualquier cambio en su tenor no es detectado con facilidad, a menos que sea tajante y manifiesto... No admitimos que nuestros tribunales legislan; sostenemos que no han legislado jamás; y no obstante, mantenemos que las reglas de la Common Law inglesa, con al-

guna asistencia de la corte de Cancillería y del Parlamento, comulgan con los complejos intereses de la sociedad moderna".[7]

Maine escribió en 1865 y quizá exageró —aun para su propio tiempo— la propensión a la contradicción que caracterizaba, según él, a los abogados ingleses. En todo caso, desde la época de Maine comenzó a producirse un viraje hacia una visión más realista de las cosas. Sir Frederick Pollock hace, al respecto, el siguiente comentario:

"Ningún abogado inteligente podría hoy pretender afirmar que las decisiones de los tribunales no alteran o añaden algo a la ley. Los mismos tribunales, al razonar sobre las decisiones que toman constantemente admiten esos cambios y emplean, libremente, además, un lenguaje que admite claramente ese hecho. Claro está que no llegan a pretender que son un poder legislativo; ni tampoco —a pesar del respeto que nos merece Maine— ejercitan un poder semejante. Y esto por cuanto el legislador no se halla atado a las reglas o principios conocidos del Derecho establecido. Las leyes pueden no sólo enmendar una regla, sino también corregirla, y pueden incluso introducir principios y remedios absolutamente nuevos, como la ley de Compensación del Trabajador. Es más, el legislador no se halla obligado con respecto a la legislación anterior. Mientras que los jueces ingleses están obligados a emitir sus decisiones de conformidad con los principios establecidos por el derecho inglés, en consonancia con la legislación especial que expresamente rige la materia, y de acuerdo con la autoridad de sus predecesores y antiguas decisiones. Al mismo tiempo, los jueces están obligados a encontrar una decisión para cada caso particular, independientemente de lo inédito de sus circunstancias; y su decisión se convierte en principio de autoridad para otros casos semejantes que se presentarán en el futuro. En consecuencia, constituye un deber de esos jueces descubrir y fijar nuevas reglas para los casos en que éstas sean reclamadas. Tal vez sea ésta la primera y más grande regla del

7. Opus cit., pp. 35-39.

Derecho consuetudinario: en caso de que una norma específica, ya determinada, no pueda regir el caso concreto, los jueces del Rey deben encontrar y aplicar la regla más razonable posible, cuidándose de que no contradiga ningún principio establecido. Tienen no sólo la posibilidad, sino el deber de desarrollar el Derecho en todo sentido, salvo en el de contradecir las normas que ya gozan de una autoridad establecida. Quien quiera que niegue esto tiene que negar que ante los tribunales se presentan, de tiempo en tiempo, combinaciones fácticas desconocidas; lo cual es una verdad repaldada por la experiencia común, y, además, reconocida en las frases forenses que describen esos casos como "de primera impresión". Y en el supuesto de que se llegase a negar lo anterior, se deberá rechazar, en consecuencia, el principio de que los tribunales están obligados a encontrar una solución para cada caso independientemente de la novedad de la situación. Es cierto que en muchas ocasiones los tribunales se han cuidado demasiado de evitar el surgimiento de situaciones novedosas, y los recursos que han empleado para ello han pesado sobre la Common Law, sobrecargándola de algunas ficciones que Maine denuncia... "como obstáculos inútiles para una distribución ordenada de su contenido".[8]

El comentario de Pollock suscita dos observaciones: primero, olvida recordarle al lector que, si bien es cierto que los tribunales tratan, con empeño, de ajustar sus decisiones a las exigencias de la doctrina establecida, no es menos cierto que esos tribunales reclaman para sí el poder de desconocer las decisiones previas, pero que llegado el momento, lo ejercitan renuentemente. La única excepción ha sido la de la Cámara de los Lores, pero aun este augusto tribunal, en el verano de 1966, anunció que a partir de esa fecha se estimaría capacitado para desconocer sus propios precedentes. Claro está que el poder de desconocer los precedentes se ha empleado siempre con suma cautela, y ello con fluctuaciones a través de los siglos que reflejan la tensión

8. Ibid, Nota D, pp. 89-92.

que irradia la cuestión al oponer una concepción marcadamente conservadora a otra concepción menos restrictiva de la materia.

La segunda observación se relaciona con el uso que Pollock le da al término "derecho consuetudinario", como equivalente de la Common Law. Este ha sido un uso muy arraigado en Inglaterra, habiendo adquirido gran difusión en la obra de Blackstone. Y el criterio fundante de la expresión es el siguiente: Así como el Derecho consuetudinario, en su sentido más preciso, se encuentra enraizado en la conducta del lego, así la Common Law encuentra su expresión más lograda en el comportamiento que traducen los jueces al decidir los casos. Algunas veces esa identificación llega hasta el punto de adquirir un cierto tono místico. Es el caso, por ejemplo, de la observación de Blackstone, quien afirma que cuando ambas formas de conducta, la de los jueces y la del lego, se hallan rectamente inspiradas, traducen algo mucho más grande que su propia individualidad: el "Derecho".

En nuestra confrontación anterior entre el Derecho estatuido y el Derecho implícito tuvimos oportunidad de referirnos a aquellos que prefieren, o rechazan, "la atmósfera intelectual del Derecho creado". Esta caracterización pretendía sugerir que nos hallábamos ante inclinaciones generales del pensamiento jurídico, y no efectivamente ante un tipo de certeza geométrica. En ninguna parte aparece tan vigente esa caracterización como en el debate que opone, por una parte, a quienes afirman que los jueces "crean" el Derecho al igual que el legislador, y, por la otra, a los partidarios de que el juez simplemente "encuentra", o traduce algo que ya se hallaba en la realidad. Antes de presentar nuestro propio enfoque sobre el problema, nos parece conveniente, primero, revisar algunas opiniones representativas de ambos bandos.

Como representante de la tesis del descubrimiento del derecho preexistente, presentaremos a una sola y campeonísima figura, Blackstone. Si lo que cuenta en la querella es el vigor de la palabra y la fuerza de convicción, este personaje, solo y desasis-

tido, puede resistir los embates de la oposición. Y su criterio no deja de ser menos representativo a pesar del hecho de que el mismo se desenvuelve en una cierta contradicción interna. Contradicción esta, por lo demás, que afecta a cualquier concepción que insistiendo, por un lado, en que los jueces simplemente hallan el derecho, deba enfrentarse, por el otro, a un hecho patente: al recuento irrefutable y concluyente de esos mismos jueces en relación con el objeto de su búsqueda:

"En lo concerniente a las costumbres, o más precisamente, a la Common Law, esto es, ese Derecho por el cual se guían y orientan los procedimientos y determinaciones de los tribunales del Rey. ¿Cómo pueden ser conocidas esas máximas y costumbres? ¿Quién determina su validez? La respuesta es la siguiente: los jueces de las distintas Cortes de Justicia. Ellos son los depositarios de las leyes; los oráculos vivientes que tienen que decidir en todos los casos dudosos, y que se hallan obligados por juramento a decidir en conformidad con el derecho del país... Es regla establecida, cuando los mismos puntos se presentan en litigio, atenerse a los precedentes. Es también regla establecida mantener la balanza de la justicia igual y equilibrada, y evitar que se incline con cada nueva opinión del juez, y esto, por cuanto para ese caso preciso quedó declarado y determinado solemnemente el derecho, y en virtud de ello, lo que ayer era inseguro, y quizá indiferente, ha pasado ahora a ser una regla permanente, ante la cual no hay juez que tenga capacidad para modificarla o para alterarla según sus propios sentimientos, ya que los jueces han jurado sentenciar, no en atención a sus particulares sentimientos, sino de acuerdo con las leyes conocidas y con las costumbres del país, y tampoco han sido ellos designados para emitir un nuevo Derecho, sino para mantener y desarrollar el antiguo. Sin embargo, esta regla admite excepciones en los casos en que la determinación antes descrita sea evidentemente contraria a la razón; y todavía más si se trata de un caso que contradiga abiertamente la ley divina. Pero aun en dichos casos, los jueces subsiguientes no pretenden crear un nuevo derecho, sino rescatar al antiguo de las malas interpretaciones. Ya que

de encontrarse con que la decisión anterior es manifiestamente absurda o injusta, no se declara en esa sentencia un derecho malo, sino que simplemente eso no era derecho. . .".[9]

Dirigiendo nuestra mirada ahora al bando contrario, nos hallamos ante una concepción que describe de la siguiente manera un antropólogo norteamericano: "vieja auto-delusión del dogma jurídico anglo-americano que consiste en decir que los tribunales no crean el derecho, sino que lo fijan y aplican". Ya dentro de esta misma tónica, Austin se había extendido cáusticamente sobre: ". . . la infantil ficción empleada por nuestros jueces, esto es, que la Common Law o Derecho judicial no es creado por ellos, sino que es un algo milagrosamente hecho por nadie, existiendo, supongo, eternamente, y simplemente *declarado* de cuando en cuando por los jueces".[10]

El gran inconveniente que revelan estas afirmaciones —y el número de ellas podría multiplicarse—, es que se hallan tan enfrascadas en decirnos lo que "es" el Derecho común, que olvidan decirnos "cómo" es. Quienes así discurren se empeñan tanto en descifrar la naturaleza de la Common Law, que olvidan por completo analizar el proceso efectivo que permite su desarrollo y, olvidan demostrar, con mayor razón, cómo ese proceso difiere del procedimiento legislativo. Existen, en realidad, algunas consideraciones claramente inteligibles que afectan por igual a esas dos clases de procesos jurídicos, y ellas sirven para explicar la divergencia de opiniones a que nos hemos referido anteriormente. En lo que sigue buscaremos unos "diez" caracteres que diferencian los modos en que el Derecho estatuido y el Derecho consuetudinario cobran existencia. Ahora bien, la materia no es, en realidad, tan compleja como parece sugerirlo el número de diferencias anotadas, ya que las que destacaremos se hallan estrecha-

---

9. *Commentaries,* Libro I, Rees Welch & Ca. Philadelphia, 1897, pp. 68-70.

10. Op. Cit., Vol. II, p. 655.

mente vinculadas, y de tal manera, que sólo pondrán de manifiesto distintos aspectos de una única y fundamental realidad.

Primera diferencia. El Derecho judicial emerge a la realidad a partir de la solución de controversias. No fija de antemano reglas para la decisión de casos concretos, sino que espera que las controversias sean ventiladas ante los tribunales. Las leyes, por el contrario, fijan normas generales que deben adelantarse a cubrir los casos que aún no se han producido. Y, en ocasiones, el origen de una ley puede encontrarse en un incidente aislado que ha servido para poner al desnudo los fallos del derecho imperante. Pero ahí donde esto ocurra la norma que resulte promulgada dejará intacta la situación que hizo de causa eficiente, pues así lo determina la norma que prohíbe la ley retroactiva, y esta última prohibición debe considerarse, caso de no hallarse explícitamente consagrada en la constitución escrita, como una exigencia limitativa del propio proceso legislativo.

Insistiendo sobre la situación anteriormente considerada, si el legislador no encuentra una fórmula general satisfactoria, que pueda controlar casos semejantes en el futuro, entonces muy bien puede darse el caso de que el legislador se abstenga de legislar, dejando el problema sin solución. Pero esta vía de escape le está vedada al tribunal de la Common Law. El tribunal en cuestión "tiene" que decidir el caso que se encuentra en sus manos, y debe tratar de encontrar algún principio inteligible para hacer descansar su decisión.

El sociólogo Max Weber estaba convencido que en el sistema anglo-americano el "grado de racionalización es esencialmente más bajo —y de un tipo diferente— que el de Europa Continental". Tal vez Weber lo que tenía en mente al hacer esa afirmación era lo siguiente: las leyes son tanto más racionales en la medida en que sean fijadas por los hombres, de antemano, antes de que sobrevengan las disputas, viéndose, en consecuencia, libres de las presiones resultantes de las circunstancias y personas individuales. Por otra parte, también puede alegarse que en los asuntos de mucha complejidad, se considera que para legislar ade-

cuadamente es necesario adquirir un conocimiento inmediato de las situaciones que van a regularse. Y, es por eso que se dice, en este sentido, que la Common Law ofrece tal vez más posibilidades de responder apropiadamente a los requerimientos de las necesidades de la sociedad, lo cual no es el caso de la legislación codificada. Como sucede siempre, esta divergencia de opiniones refleja los distintos aspectos de una compleja realidad, y, es preciso reconocerlo, ambas tienen su cuota de verdad.

Segunda diferencia. En el caso de una decisión judicial, la *regla* que rige el caso y la *razón* que justifica su empleo se hallan claramente expresadas en la opinión del juez y a menudo ambas se encuentran tan entrelazadas, que se hace difícil distinguir una de otra. Por el contrario, la ley no contiene argumentos justificatorios, simplemente afirma, dispone: esto se encuentra prohibido; se requiere esto; esto es permitido. Y en caso de que un ciudadano cualquiera solicite una explicación acerca del por qué se le aplican unas determinadas normas, deberá acudir al diario de debates parlamentarios para encontrar las razones que dieron lugar a dicha ley. O bien dirigirse a una comisión delegada especialmente que fue la que conoció del asunto y que quizá celebró sesiones públicas sobre la materia legislada. Pero además, saber si un tribunal, al aplicar una ley, debe intentar resolver las ambigüedades recurriendo a la "historia legislativa" es materia de discusión. Resulta ilusorio exigir que el ciudadano normal, no solamente se imponga del contenido del texto legislativo, sino que también se familiarice con las deliberaciones y argumentaciones que permitieron darle la forma actual al dispositivo legal. Si el ciudadano común debe aceptar a primera vista, por su valor intrínseco, la disposición legislativa, sin que le sea posible estudiar detenidamente su origen, entonces el tribunal, al aplicar sobre el ciudadano la disposición en cuestión, debería, normalmente, asumir una postura similar.

Aunque hemos indicado que los textos de los dispositivos legislativos no suelen contener ninguna explicación razonada para justificar su promulgación, existen excepciones. Se trata de las

leyes que vienen precedidas de un extenso preámbulo, que normalmente expone los inconvenientes y males que viene a corregir la nueva ley. Y es una nueva fuente de discusión, el saber exactamente el uso que el juez puede darle a dicho preámbulo. Algunas veces se ha llegado a sospechar que el preámbulo no tiene más uso que el de encubrir una negligente actividad legislativa: El legislador incurso en lo anterior afirmaría, en este sentido, lo siguiente: "Tal vez no hayamos hecho una buena exposición de *lo que queremos,* pero Ud. puede averiguarlo si lee atentamente las razones relacionadas con el porqué lo queremos". Este uso preambular se mueve entre los siguientes extremos: va de la ordenación de la conducta del ciudadano, a la sugerencia acerca de cómo este último debe pensar. En efecto, el preámbulo dice: "Si Ud. participa de nuestros objetivos y piensa sobre ellos como nosotros pensamos, entonces Ud. estará en capacidad de saber cuáles son sus deberes, sin que nosotros tengamos necesidad de definirlos con demasiada precisión". Este procedimiento no levantaría ninguna objeción, si fuese cumplido en situaciones que, por su complejidad, requieren ser abordadas, para su solución, de una manera flexible; y si existe también, entre los miembros de la sociedad, un sólido sentido del interés comunitario. No obstante, queda abierta una amenaza. Si ese procedimiento se lleva demasiado lejos podría traducirse en el abandono y sustitución del orden jurídico por un régimen de dirección administrativa.

En este sentido resulta particularmente revelador que en los países del bloque comunista se hace uso amplísimo de la práctica preambular. Hasta la ordenanza más insignificante es precedida por una explicación detallada de los males que pretende corregir, y afirma que su promulgación se debe a la continua influencia que aún ejercen las fuerzas reaccionarias sobre el control de la industria, etc. En estos casos es evidente que el legislador no sólo tiene la intención de imponer sobre los ciudadanos la obligación de actuar, o abstenerse de actuar, de determinada manera, sino que, además, aspira poder darle una orientación definida a las formas de pensar de la ciudadanía. Y esto es algo que puede

parecer deseable dentro del marco de un rígido dirigismo, dentro de un contexto inquisitorial, pero que, como parte constitutiva de un orden jurídico, no dejaría de despertar cierta inquietud.

La Common Law jamás ha sufrido los efectos de la perplejidad que suscita el legislador al anunciar explicativamente sus promulgaciones legales. Los tribunales de la Common Law siempre han creído necesario explicar y justificar sus decisiones. Siempre han asumido la tarea de demostrar que las reglas que ellos han aplicado se hallan "sustentadas por algún principio". Afortunadamente, los tribunales también han comprendido que sus acciones no pueden encaminarse a dirigir la forma de pensar de los ciudadanos, y que su tarea consiste en establecer reglas de derecho. Ahora bien, aunque es verdad que los deberes de los ciudadanos no resultan determinados de un todo por las decisiones judiciales, y de hecho nadan en cierta obscuridad, resulta, sin embargo, que el despejo de esa obscuridad traduce una determinación categórica acerca de lo que debe o no debe hacer el ciudadano, pero en ningún momento refleja un imperativo que obligue a pensar correctamente, o a realizar cierta actividad tendiente a un fin impuesto.

Tercera diferencia. El hecho de que una decisión judicial sea un acto "explicativo" significa que su interpretación es totalmente distinta a la de una ley. En una decisión judicial las razones justificativas y la norma aplicada constituyen dos aspectos de un mismo razonamiento. Otro tribunal podrá, posteriormente, al enfrentarse con el precedente judicial, encontrar que existe discrepancia entre la decisión y la justificación que le acompaña. Pero también podría aceptar la decisión y, al mismo tiempo, afirmar que el principio fundamentador requiere reformularse; o bien, trasladando su criterio a un extremo opuesto, puede aceptar el principio asentado por el fallo anterior, pero estimar que fue mal aplicado en lo que se refiere a la decisión alcanzada. Si una Corte, por ejemplo, da tres razones en apoyo de su decisión, posteriormente un tribunal puede declarar la primera razón válida, la segunda mal concebida, y puede estimar que la tercera es

un razonamiento incidental, sin ninguna relevancia para el problema presentado. Todo esto puede suceder dentro de un cuadro general que implicaría la fuerza vinculante de las decisiones anteriores, y que exigiría cierta solemnidad decorosa en la expresión de las críticas que se dirijan en contra del razonamiento seguido: "He concluido que mi docto colega se equivocó al fundamentar su opinión. En efecto, estoy seguro que si el caso en cuestión se hubiese presentado de forma tal que hubiera captado su atención sobre el aspecto del problema que aquí consideramos, nuestro eminente colega habría llegado a una explicación muy distinta de su decisión".

Los caracteres que acabamos de analizar han recibido la siguiente calificación. Se ha llegado a pensar que la Common Law, a pesar de hallarse impresa en los recuentos jurisprudenciales, es, en verdad, una especie de "derecho no escrito". Al discurrir sobre esta apreciación, Maine peca por uno de sus rarísimos errores de criterio:

"Se ha dicho que la casuística del derecho inglés es un derecho no escrito, y hay algunos teóricos que afirman que, en caso de redactarse un Código de Jurisprudencia Inglesa, estaríamos convirtiendo al derecho no escrito en derecho escrito. Conversión esta —insisten los partidarios de la idea— que si bien puede aparecer de dudosa finalidad, no estaría desprovista de gran seriedad... Desde el momento en que los tribunales de Westminster Hall comenzaron a basar sus fallos en casos registrados..., el derecho que allí se administraba se hizo derecho escrito. Actualmente una norma de derecho inglés debe ser primero desentrañada a partir de los hechos registrados, contenidos en los precedentes ya impresos y asentados, y luego debe ser moldeada en fórmulas verbales, las cuales pueden variar de acuerdo con el gusto, precisión y conocimiento del juez en cuestión, para de allí ser aplicada a las circunstancias del caso que está por resolverse. Pero este proceso no se distingue, en ningún momento, y por ninguna característica, del derecho escrito. Se trata de una casuís-

tica jurídica escrita, que sólo defiere del derecho codificado en que es formulado de diferente manera".[11]

El propio recuento de Maine acerca de la forma en que se cumple la interpretación de los precedentes judiciales, sobre la manera en que son "desentrañados", es una muestra más que elocuente de la "tremenda importancia" que implicaría la conversión de la Common Law en Derecho Codificado. No huelga decir que los jueces de la Common Law siempre se hallan prestos a fijar su atención sobre el posible significado que quiso expresar —a través de las palabras— el fallo anterior. O a concentrarse sobre lo que hubieran querido expresar, caso de haber previsto la naturaleza de las controversias futuras, o bien sobre lo que hubiese expresado si hubiera afinado la percepción y se hubiesen descubierto los factores más relevantes del caso en litigio. De todo esto resulta que las palabras escritas de las decisiones registradas constituyen una puerta franca hacia un substrato que yace tras ellas, substrato que, sin incurrir en un desvarío poético, puede ser calificado como "Derecho no escrito".

Cuarta diferencia. En la Common Law el juez normalmente firma su decisión. Y esta práctica suele sorprender y hasta chocar a quienes se desenvuelven en el ámbito de la tradición civilista. Una ley o un Código no lleva firma. Su expresión proviene, por así decirlo, de un vacío colectivo, y por lo general en los países de Derecho Civil las interpretaciones judiciales de las leyes son también anónimas.

En el recurso de la firma, Weber veía una evidencia más para su conclusión de que la Common Law representa una especie de racionalización "sensiblemente inferior, y hasta de un tipo distinto, de la existente en el continente europeo". En efecto se refirió al proceso judicial anglo-americano, como dotado de una "cualidad carismática", y como descansando en la "autoridad muy personal" del "juez individual". No obstante, en la mayoría de las actividades intelectuales se daría por supuesto que, en los

11. Opus cit., p. 12.

problemas difíciles o dudosos, el criterio de un determinado hombre puede tener más peso que el de otro. No habría razón en ello para considerar una muestra de "irracionalidad" el hecho de que sobre un determinado problema, "A sea mejor guía que B", o que "A lo explica mejor que B".

En verdad, la práctica de firmar las decisiones judiciales suscita alarma y desconcierto, precisamente porque se enfoca al Derecho desde "afuera" concibiéndolo como un producto "creado", acabado, en vez de participar substitutivamente en el proceso de deliberación y discusión que posibilita su emergencia. Claro está que parece extraño decir que el "Juez A hace mejor derecho que el Juez B". Pero si llegáramos a tener acceso a las sesiones de un comité parlamentario encargado de la preparación de un proyecto de ley, no sería extraño que allí se hiciera el siguiente comentario: "en la preparación y promulgación de leyes el legislador A es más oportuno en sus juicios y observaciones, más profundo y previsivo que el legislador B". Los jueces de la Common Law cumplen su actividad legislativa públicamente, o por decirlo de otra forma, ante la plena presencia de sus colegas. Y el Derecho que ellos "crean" no es luego considerado por los jueces subsiguientes como algo definitivamente creado y acabado. Al contrario, éstos ven en la obra de sus predecesores algo que puede reformularse, recrearse y mejorarse a la luz de la experiencia y de una detenida reconsideración. Y esto es exactamente lo que puede ocurrir con una ley, la cual puede mejorarse por una enmienda oportuna. En efecto, así como un legislador puede preferir detener su mano antes de reescribir el texto de una disposición legislativa preparada y promulgada por una notable y reconocida autoridad, así también un juez adoptará una actitud de dependencia —que puede variar, claro está— ante las decisiones dictadas por sus predecesores. Y asumirá esa postura no sólo en lo relativo al alcance de las decisiones tomadas, sino también en lo referente a su aplicación y justificación respectivas.

Para poder apreciar adecuadamente el valor de las opiniones firmadas en la Common Law, es necesario comprender las siguientes circunstancias: (1) La tarea de redactar normas jurídicas apropiadas y justas para regir las contingencias de la vida es un compromiso bastante difícil. No menos difícil es explicar esas normas o darles un adecuada "fundamentación"; (2) en el sistema de la Common Law esa tarea es la resultante de una conjugación de esfuerzos a través del tiempo, en la cual participan, como es lógico pensar, una gran cantidad de jueces. Y dentro de ese contexto circunstancial, es obvio que las contribuciones de los jueces serán inevitable y adecuadamente valoradas en razón de la sabiduría de esos individuos, de su capacidad para dar una expresión verbal efectiva a ese saber, de su familiaridad con el dominio vital afectado por la decisión en cuestión, y también en virtud de otras muchas cualidades "personales".

Quinta diferencia. En la Common Law la forma de opinión forense no se reduce únicamente al juez que emite una opinión particular, sino que también se extiende a las llamadas opiniones "disidentes", y, más raramente, a las llamadas opiniones "concurrentes", que consisten, estas últimas, en el acuerdo sobre el fondo decisorio alcanzado por la mayoría de los jueces, pero en el desacuerdo frente a un razonamiento particular de la motivación de la mayoría. Puede también darse el caso de una conjugación entre las distintas formas de opinión judicial, por ejemplo, una opinión concurrente en el disenso expresado por uno de los jueces frente a la decisión mayoritaria. Y, por último, para agotar las posibilidades de la Common Law, un juez, estando descontento con alguno de los aspectos de la decisión alcanzada, no se atreve, sin embargo, a expresar claramente su disentimiento, y por ello recurre a la llamada opinión "dubitativa". Como fácilmente puede imaginarse el lector, todas esas formas de opinión judicial representan distintos criterios que pueden ser asumidos posteriormente por otros jueces, y que ofrecen variadísimas posibilidades de combinación, pudiendo alcanzar estructuras relacionales radicalmente diferentes a todas las anteriores.

Ahora bien, la institución de la multiplicidad de opiniones forenses tiene un importante efecto sobre la evaluación de la doctrina del *stare decisis*, es decir, el principio mediante el cual los tribunales de la Common Law entienden "acogerse a lo decidido" y reconocen en el precedente establecido una autoridad vinculante. Y, en fin de cuentas, acogerse a un precedente no resulta tan engorroso, si el mismo indica simultáneamente diferentes orientaciones. La decisión de la Cámara de los Lores consistente en autorizar el abandono del principio de obligatoriedad de sus propios precedentes no fue, en realidad, tan revolucionaria medida como puede aparecer a primera vista. En efecto, ha sido costumbre de los Lores del Derecho, aun en los casos de decisiones unánimes, emitir opiniones extensísimas. Y esas opiniones muy raramente presentan una idéntica versión de los planteamientos del caso, o del principio ejemplarizado en la decisión. Y esa práctica arrojó como resultado el surgimiento de polos orientadores correspondientes, cada uno de ellos, a las explicaciones separadas emitidas por los miembros de ese alto cuerpo judicial, las cuales obviamente acordaron una gran libertad a la actividad posterior de los tribunales subalternos, aun aceptando las limitaciones de la norma que establece que el precedente siempre ha de seguirse.

Sexta diferencia. En contraste con lo que sucede en otros sistemas jurídicos, la Common Law normalmente deja registrados, con bastante minuciosidad, en los informes impresos de decisiones judiciales, los *hechos* de los casos que se están decidiendo. En otras palabras, esos informes narran la historia completa de lo ocurrido antes de que el tribunal conociera de la causa. Este confiere a esos informes un cierto interés humano. Y esto no deja de extrañar a los juristas continentales. Estos se preguntan por qué esos recuentos no se limitan a exponer los hechos que se hallan directamente relacionados con la decisión alcanzada, tal como ésta fue explicada por los jueces. Resulta fácil detectar en esa práctica de la Common Law una expresión de la inclinación pragmática de la mentalidad anglo-americana,

a menudo calificada de poseer una vocación claramente "fáctica", y un desinterés declarado por los *principios.*

En realidad, el informe, relativamente completo, de los hechos de la causa, constituye una exigencia intrínseca del sistema jurídico representado por la Common Law. Como ya lo hemos dicho, cuando una corte aplica el precedente anterior, puede aceptar el resultado previamente alcanzado, pero puede rechazar la justificación motivada de dicho resultado. Puede aprobar el principio enunciado, pero puede estimar que ha sido mal aplicado en el caso concreto. Y así como varían los principios, las razones y las justificaciones, así también varía la importancia de los hechos de la causa. Por consiguiente, una declaración truncada de los hechos, cortada deliberadamente para adaptarla a la teoría del caso, sería un obstáculo para el proceso de desarrollo y rearticulación que es una característica esencial de la Common Law.

Séptima diferencia. Los encargados de crear y administrar un cuerpo de normas jurídicas, ineludiblemente deberán enfrentarse al *problema del sistema.* Las reglas aplicables a la decisión de las distintas controversias no pueden ser consideradas como muestras aisladas e inconexas de la prudencia judicial. Al contrario, deben entrar todas en algún tipo de sistema interrelativo, permaneciendo dentro del mismo, desplegando su actividad dentro del marco de una estructura interna coherente.

Y es esa una exigencia de la misma justicia. En su más rudimentaria expresión, la justicia requiere que casos semejantes sean resueltos en forma semejante. Y dado el hecho que no existen dos casos iguales, resulta que será necesario, para poder actuar con justicia, definir lo que constituye la esencia de esa similitud. Pero para poder discernir lo que es esencial, y lo que no lo es, en la decisión de un caso, será necesario recurrir a principios que trasciendan la aplicación inmediata. Y son estos principios generales los que hacen posible que los elementos del Derecho se integren en un sistema coherente.

En los países de tradición civilista el problema del sistema viene resuelto, definitivamente, por el legislador al darle a las normas

que él promulga una forma acabada. Por el contrario, para un juez de la Common Law la idea de sistema es un problema permanente; toda su actividad diaria se halla encaminada a resolverlo. Puede incluso llegarse a afirmar, sin exageración alguna, que la Common Law, que descansa en la responsabilidad de los jueces anglo-americanos, se halla siempre en un estadio de perpetuo hacerse: el problema de la sistematización es un perpetuo resolver, es un problema que nunca se resuelve definitivamente.

Y en este tipo de Derecho, la sistematización se halla, además, estrechamente vinculada con dos de las más obvias y resaltantes características de esta tradición: primero, las reglas de este tipo jurídico no se hallan fijadas de antemano, sino que surgen por efecto del desarrollo mismo de la controversia judicial; segundo, este tipo ofrece una enraizada tendencia hacia el respeto de los precedentes establecidos. La primera de estas características se relaciona con la permanente problemática de la sistematización, la cual recibe de esa primera característica una cualidad específica que se halla ausente del Derecho estatuido. La segunda característica se presenta como un elemento de solución frente al problema de la sistematización.

Las dificultades a las que tiene que hacer frente un juez de la Common Law, al no poder crear normas preventivas, y al tener que esperar que los casos le sean presentados, se parecen a las del constructor que construye una casa sin ningún control sobre la llegada de los materiales: las tejas llegan antes de que aparezcan las piedras para las fundaciones, y los ladrillos de la chimenea llegan al sitio de trabajo antes que el piso. Es posible afirmar —aceptando hasta donde sea lícito ese cuadro que hemos descrito—, que la Common Law, compelida por su propia naturaleza, tiene una manera muy extraña y confusa de construir el albergue para su doctrina jurídica. Sin embargo, y afortunadamente, la situación del juez no es tan grave. Los problemas más agudos e importantes suelen normalmente presentarse, para su decisión, desde los inicios. Lo que hemos llamado los "accidentes del litigio" tienden a distribuir al azar los problemas que posteriormente

deben obtener una determinación judicial. Y, por último, los movimientos del péndulo de la historia hacen que en cualquier momento el Poder Judicial se enfrente con problemas de interés actual, y esos problemas se hallan todos muy estrechamente relacionados entre sí. No obstante, admitiendo todo lo anterior, es indudable que el problema que plantea el logro y afianzamiento de una sistemática jurídica es resuelto, por el juez de la Common Law de una manera totalmente distinta a como lo resuelve un colega suyo que, para decidir los casos que le son presentados, tiene a su alcance un Código extenso y acabado.

Frecuentemente se ha alegado que la inclinación de la Common Law por los precedentes es una muestra del conservatismo innato de la profesión jurídica, y de su impermeabilidad ante cualquier cambio. Esta concepción distorsiona un problema bastante complejo, y obscurece la naturaleza de la actividad propia del juez. Que esta no es toda la verdad sobre la materia en cuestión, resulta claro si evocamos aquí dos críticas inconsistentes que son comúnmente formuladas al encarar la forma en que los jueces de la Common Law manejan los precedentes: (1) Se dice que siguen tercamente el precedente frente a las cambiantes necesidades sociales; (2) se dice que pretenden seguir hipócritamente el precedente, pero que, en verdad, lo que hacen es una reinterpretación tan libre que se traduce, en fin de cuentas, en la destrucción de la autoridad rectora del precedente.

Estas opiniones divergentes pueden reconciliarse si se piensa que el precedente ofrece a los jueces no solamente un lugar donde anclar en común, sino también un punto de embarque también común, hacia el establecimiento de un nuevo Derecho. En efecto, se puede reconocer la autoridad de un precedente —evitando acogerla mediante un frío ejercicio de lógica— al extraer de él elementos necesarios para la forja de un nuevo paradigma decisorio. Y en este sentido los precedentes se hacen iguales al lenguaje común: conservan esos elementos sistemáticos del derecho, en ausencia de los cuales la comunicación entre las distintas generaciones de abogados, y entre los miembros de una misma genera-

ción se haría imposible. Al mismo tiempo, pueden llegar a dirigir el cambio que se gesta, pero no le imponen ningún obstáculo insalvable.

Estas observaciones sugieren que en la interpretación del precedente existe la presencia de un elemento propiamente artístico. El juez no difiere del poeta que respetando el legado de su lengua, busca, a través de ella, la obtención de nuevos recursos. Pero al hablar del papel creador del juez, es preciso no perder de vista las limitaciones que rodean su actividad. Hasta la mente más sutil se percatará pronramente que existen límites intrínsecos al proceso que busca "extraer un nuevo derecho de los viejos libros". En efecto, como ya hemos dicho, el juez de la Common Law está obligado a actuar públicamente, y bajo la supervisión de una profesión conservadora. Finalmente, la última palabra en relación con las soluciones novedosas, la tienen los tribunales de apelación, los cuales son normalmente colegiados y requieren, por consiguiente, un voto mayoritario de unos —digamos— cinco o siete jueces para poder llegar a una decisión final.

Octava diferencia. Hagamos un alto lingüístico o terminológico para considerar el alcance de una expresión que simbólicamente reúne las cualidades que hemos venido analizando: la expresión "La Common Law" se ha usado siempre en singular y con el artículo definido correspondiente. Los abogados anglo-americanos hablan de reglas, principios, paradigmas, máximas y preceptos *de* la Common Law, pero no de leyes comunes o de *un* derecho común.

Un texto universitario de sociología, al hacer la introducción al capítulo "de los usos sociales, costumbres y normas jurídicas" habla de leyes comunes, como si se tratara de una expresión corriente entre los miembros de la profesión jurídica; he aquí el texto:

"Esta expresión se refiere a definiciones de tipos normativos que se han desarrollado de una manera informal, pero que se han establecido y fundido con las leyes formales de una manera tan perfecta que están provistas de sanciones formales para asegurar su cumplimiento. El hecho de que se puedan usar sanciones for-

males para desencadenar esfuerzos de cumplimiento, significa, no obstante, que las leyes comunes serán específicamente formuladas en registros, tales como las decisiones judiciales, y, por consiguiente, estas definiciones de tipos normativos asumen, por lo menos, un carácter semi formal".

El autor de ese pasaje está sin duda familiarizado con las leyes promulgadas, pero equivocadamente sostiene que las normas jurídicas de cualquier tipo pueden describirse como "leyes". Despistado por la expresión Common Law, también ha confundido este derecho con el consuetudinario y ha aparentemente fundido ambos en un solo concepto, con lo cual violentó aún más el lenguaje, y dio por sentado que las normas consuetudinarias pueden recibir el calificativo de "leyes".

Nuestra insistencia en los refinamientos propios del vocabulario usado por los juristas no tendría objeto, si éstos no patentizaran, como lo hacen, los aspectos fundamentales del proceso mediante el cual el derecho y las leyes cobran existencia. Todos nos hallamos dispuestos a admitir que un cuerpo normativo estatuido es algo creado, y que puede concebírsele, en forma abstracta, separado tanto del sistema global del cual forma parte como del hecho mismo de su nacimiento. Existe, claro está, el peligro de que aun en ese caso el lenguaje empleado pueda distraer la atención de lo que previamente hemos descrito como "los elementos implícitos del derecho". Pero es este un riesgo soportable si nos referimos al Derecho estatuido, promulgado, legislativo. Será, por el contrario, inaceptable si reflexionamos sobre las normas que surgen de los procedimientos de la Common Law. Si se llegase a adoptar la costumbre de describir "una regla de la Common Law", como "Derecho común", olvidaríamos muy rápidamente que para comprender este "Derecho" es preciso enfocarlo dentro del contexto —como parte integrante— de un sistema de pensamiento mucho más amplio.

Novena Diferencia. Tanto el lego como el filósofo del Derecho han compartido la creencia de que el Derecho es algo así como un imperativo, orden o mandamiento, emitido por el Estado y diri-

gido al ciudadano. Ahora bien, si nos internamos en el análisis de esa concepción del Derecho y de las leyes, pronto surgirán espontáneamente estas interrogantes: ¿Quién detenta la autoridad para emitir tales imperativos? ¿Hacia quién o quiénes se dirigen esos mandamientos? ¿Cuáles son las personas, y cuál es el territorio regidos por esos imperativos?

El hecho histórico revela que en el proceso creativo de la Common Law estas preguntas no ocuparon el centro del razonamiento jurídico desplegado. Y que allí en donde se hizo algún intento por contestarlas, la respuesta fue a menudo imprecisa. Para cerciorarnos consideremos la pregunta, ¿quién se encuentra obligado por este específico mandamiento de la corte, emanado de un litigio específico? Esta debe responderse en la forma más precisa posible, y la Common Law ha buscado siempre reglas que puedan hacer germinar esa respuesta precisa. Pero un mandamiento o imperativo dirigido a una persona específica, y en atención a una no menos específica situación, no era más que, en el sistema de Austin, la materialización del poder bajo la forma de un "mandamiento ocasional o particular". El Derecho propiamente dicho, para Austin, consiste en mandamientos *generales,* que obligan "al cumplimiento o a la abstención de una determinada conducta". Al adoptar esa distinción Austin se acogió, naturalmente, al uso ordinario. En efecto, no puede en rigor calificarse de "Derecho" la sentencia judicial que obliga a Jones a pasar a su ex esposa una pensión de $200, aunque debemos lógicamente suponer que esa orden judicial emana de un tribunal, conforme con el Derecho, y que la misma se encuentra en consonancia con las normas que regulan casos semejantes y que definen la competencia del tribunal.

Los jueces de la Common Law siempre han extraído sus normas generales del derecho de una variedad de fuentes, y de una manera relativamente independiente de las limitaciones implícitas a las fronteras políticas y jurisdiccionales. Por ejemplo, Saskatchewan puede citar un precedente de New South Wales, Vermont puede encontrar una luz orientadora en al norma descubierta

por Arkansas; el Queen's Bench puede encontrar reveladora una decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, o por lo menos, puede estimar que dicha decisión ayuda a decidir un caso de derecho contractual.

Resulta, pues, que unos jueces que se prestan tanto servicios y consejos a través de las distintas fronteras, tienen una propensión a expresarse en términos que sugieren que todos trabajan por formular adecuadamente un algo preexistente denominado "Derecho". Y es claro que este uso terminológico no es, ni puede ser, admitido por quienes insisten en que es necesario distinguir, claramente, el Derecho ya creado por la autoridad competente, de los elementos intelectuales que concurren en su creación. Es así como Austin, en un pasaje ya citado, califica esto de "ficción infantil, empleada por nuestros jueces, quienes pretenden afirmar que el Derecho judicial o la Common Law no es creada por ellos, sino que es un algo misterioso creado por nadie".

Empero, ha resultado palmario el hecho de que esa "ficción infantil", ha facilitado enormemente la comunicación y el comercio entre las naciones de la Common Law. Al actuar como si existiese un cuerpo de principios jurídicos que podría recibir la simple denominación de "Derecho", esas naciones han logrado engendrar algo que no desmerece totalmente esa sencilla calificación. Pero, es más, aun la noción de que el Derecho preexiste —en cierto sentido— a su declaración judicial no redunda en un absurdo total, si asumimos, claro está, que el criterio que originalmente la forjó no pierde su vigor ni sentido por el hecho de ser reducida a una formulación verbal "autorizada" de la opinión judicial.

Lo que acabamos de decir da a entender que la concepción iusfilosófica del sistema de la Common Law, conduce a una unidad de doctrina jurídica entre los países que lo siguen. Pero existe, no obstante, al menos un elemento del sistema que es capaz de actuar en sentido contrario al descrito. Hemos dicho repetidas

veces que los tribunales de la Common Law no fijan de antemano sus reglas, sino que las desarrollan a partir de los casos en litigio.

Y esto significa que, inevitablemente, los caracteres que ofrezca la doctrina jurídica de una determinada jurisdicción reflejarán los accidentes propios de la historia litigiosa de esa misma área.

Veamos cómo puede operar ese fenómeno a favor de una diversidad de doctrinas jurídicas. Una norma específica, llamémosla regla A, se presenta como un modelo decisorio para una cierta clase de casos. Ahora bien, es costumbre dentro de la casuística que los modelos decisorios sean sometidos a prueba. Esta consiste en someterles, para su regulación, una serie de hipótesis desplegadas en una escala de creciente complejidad. El primer caso es sencillo; su solución demuestra que el modelo tiene una excelente aplicabilidad. A medida que se sube en la escala de complejidad, sin embargo, se hace cada vez más evidente la dificultad de su aplicación; por último, se llega al caso de absoluto divorcio. Aplicar en este caso la regla implicaría decidir en forma claramente arbitraria. Por el contrario, si comenzáramos con la regla B, la dirección del espectro puede cambiarse. Las situaciones más aptas para ser solucionadas por la regla B, resultarían ser, justamente, aquellas en que aparecería más claramente la injusticia de la aplicación de la regla opuesta.

Y es así como una variación de la doctrina jurídica puede provenir del orden en que los casos concretos se suceden para ser decididos por las diferentes jurisdicciones. Por ejemplo, el Estado de Massachussets y el de Tennessee siguen ambos la regla A, mientras los Estados de California e Illinois, respectivamente, siguen la regla B. Un aficionado a la antropología se sentiría tentado a explicar esa variación señalando el efecto de algún factor cultural desconocido que operaría solamente entre los habitantes de Massachusetts y Tennessee, pero que no tendría ninguna vigencia entre los pobladores de California e Illinois. Y, de hecho, la explicación del fenómeno sólo se debe a que los primeros casos que se presentaron ante los tribunales fueron subsumidos,

en Massachusetts y Tennessee, bajo la regla A, mientras que en los dos Estados restantes los tribunales prefirieron resolver los litigios pendientes aplicando la regla B. A menudo esta diferencia en la aplicación de las normas tiende a desaparecer con el tiempo. Una vez que los casos litigados en los cuatro estados comienzan a manifestar sus diferencias, los estados que adoptaron la regla A irán lentamente modificando, corrigiendo su aplicación, para acercarse a la dirección trazada por la regla B. Y, por supuesto, también puede suceder la traslación inversa. No obstante, la diversidad en cuestión no se presentaría si los estados prestaran la debida atención al Derecho que se aplica en las otras jurisdicciones; ya que de esta manera la experiencia de cada estado serviría de fuente para nutrir la experiencia de los demás.

Décima diferencia. Llegamos, por último, a la característica que más problemas trae para los partidarios apologistas de este sistema. Esta consiste en el hecho de que el Derecho que la Common Law establece a través de sus decisiones debe operar *retroactivamente.* Y esta regla o nota funciona tradicionalmente aun en los casos en que los jueces revoquen un precedente que se hallaba en pie —aceptado— durante años como el derecho establecido. Según las palabras de Blackstone, el precedente revocado no será considerado como un "derecho errado o fallido", sino, simplemente, como si jamás hubiera sido derecho, como *no-derecho,* aunque miles de ciudadanos lo acataron como la versión oficial de sus derechos y deberes. También reciben efecto retroactivo la reinterpretación de los precedentes y las decisiones que proyectan limitaciones jurídicas a dominios antes exentos de supervisión legal.

El problema, entonces, es el siguiente: si las leyes ex post facto en la mayoría de los casos son calificadas como un flagrante abuso del poder legislativo, ¿no debería también considerarse de igual forma la "creación judicial" del Derecho, esto es, como una extralimitación del poder judicial? Para intentar darle una solución satisfactoria a esa pregunta es necesario comenzar por distinguir dos cosas: la *creación* de las leyes y su *interpretación.*

En lo que respecta al Derecho estatuido, esta distinción es fácil de trazar y se traduce en una repartición de tareas o cargas entre distintas instituciones: la *creación* de las leyes corresponde al legislador, su interpretación corresponde al poder judicial. En el sistema de la Common Law esta distinción no procede tan fácilmente. Los jueces que interpretan el Derecho son también quienes lo engendran. Además, lo que es todavía más importante, es a menudo bastante difícil saber si el específico fallo de un determinado tribunal crea o no nuevo derecho, o si simplemente obtiene sus elementos de juicio de las implicaciones contenidas en el derecho existente.

En consecuencia, si nuestro interés consiste en formarnos un criterio adecuado acerca del efecto retroactivo de las decisiones judiciales, será necesario, para ello, comenzar con una especie de Derecho que permita una distinción segura entre creación e interpretación del mismo (lo cual, naturalmente, implica que nos tengamos que referir al Derecho estatuido). Ahora bien, lo sorprendente es que en lo relativo a su interpretación, los efectos retroactivos de las leyes normalmente son presupuestos generalmente aceptados que raramente ofrecen problemas. Y esto es válido tanto para los países de tradición civilista, como para los países de la Common Law.

En el caso de una ley, esta inmediata procedencia de la retroactividad de la interpretación judicial se comprendería si concibiéramos el quehacer del tribunal como simplemente extrayendo del dispositivo legal, algo que ya estaba implícito en él y que resulta palmario para cualquier ciudadano consciente. Pero este no es el caso. En efecto, y para comenzar, los puntos más obvios raramente se ventilan ante los tribunales. Además, el efecto retroactivo de la interpretación judicial es normalmente aceptado, a pesar de que modifica el sentido que originalmente posee la ley, que es el contemplado por el derecho vigente.

Lo mismo puede decirse de las disposiciones legislativas vagas, cuyo alcance efectivo difícilmente puede ser definido hasta tanto no sean interpretadas judicialmente. El sentido preciso de esta

clase de dispositivos legales en realidad proviene del poder judicial y no del legislador.

¿Por qué razón, entonces, se considera a la creación jurídica implícita en la interpretación judicial como exenta del tabú que prohíbe las leyes retroactivas? Para responder tendremos que considerar —como sucede, por lo demás, en la mayoría de los casos en que se ventilan problemas relativos al funcionamiento y finalidad de las instituciones sociales— si existe una alternativa aceptable. Ningún sistema de normas puede crearse tan afinadamente como para proveer su autoaplicación. Las contingencias de la vida van perfilando una variación imprevista que siempre —hasta para las más elaboradas y minuciosas disposiciones— acarreará problemas. Resulta, pues, que para crear un sistema normativo que funcione, será necesario implementar la instauración y funcionamiento de algún tipo de autoridad que al interpretar decida, en un caso concreto, por ejemplo, en una disputa entre A y B sobre el sentido de una norma, cuál de las partes en litigio tiene la razón. Ahora bien, es obvio que si el resultado de esa controversia es una interpretación orientada hacia el futuro, y sólo destinada a prever litigios eventuales, entonces no tendría sentido instaurar una autoridad decisoria para resolver los conflictos de interpretación en litigios pendientes. Cuando se acude ante los tribunales para discutir acerca del significado de una ley, los litigantes adelantan respuestas sobre su propia controversia, pero no presentan decisiones para resolver alguna controversia similar entre unos hipotéticos y futuros litigantes.

Ante lo anterior cabría la posibilidad de esgirmir lo siguiente: todo eso vale para los litigios normales, de rutina, en los que se discute sobre la terminología, pero no vale para los litigios que se salen fuera del ámbito de las expectativas normales, o que consisten en una revocación, por parte de los tribunales, de una interpretación judicial establecida. En otras palabras, esos argumentos no valen para los casos en que el resultado final depende de un elemento sorpresa. En ese tipo de situación un efecto retroactivo no puede ser atribuido a la interpretación, la cual

—se argumenta— sólo debe proceder abierta hacia el futuro y para casos que se presentan después de su declaración.

Pero en la mayoría de los casos esta solución sólo acrecentaría las dificultades. En efecto, ante la perplejidad del ciudadano y la del abogado que le asiste y que trata de adivinar cómo interpretará el tribunal el texto legislativo, se levantaría una nueva dimensión de inseguridad: ¿en qué sentido dará el tribunal su interpretación, retroactivamente o hacia el futuro? Y desde cualquiera de los puntos de vista en cuestión es bastante difícil distinguir entre las interpretaciones y reinterpretaciones rutinarias y las intempestivas. Y no hay duda de que un tribunal que considera su interpretación como plenamente ajustada a las circunstancias se sentirá poco inclinado a declararla intempestiva. Y a veces es hasta más fácil predecir la calificación de una reinterpretación abrupta o sorpresiva, que una que se ajuste más a los linderos convencionales. Esto puede suceder, por ejemplo, cuando una interpretación establecida ha causado tal estado de insatisfacción general que se le considera como plenamente desechable y por ello se reconoce la necesidad de su corrección. En ese caso, el resultado de una apelación ante el poder judicial para obtener una nueva interpretación es tal vez más predecible que la procedencia de una interpretación basada en ciertos hechos aislados y extraños que supondrían un efecto retroactivo.

Además, para poder ofrecer una revisión completa del problema debemos considerar la aplicación judicial como un proceso decisorio de colaboración colectiva, dentro del cual el litigante juega un papel esencial. Frecuentemente se olvida que el fallo judicial no es únicamente la determinación de un funcionario público, juramentado y obligado a sentenciar imparcialmente. Es, además de esto, la culminación de un proceso en el cual el litigante tiene la oportunidad legal para promover pruebas y argumentos que tienden a inclinar la balanza del fallo a su favor. Si el litigante ha de participar de manera clara y evidente en el proceso de aplicación del derecho, debe, para ello, saber de antemano el fin hacia el cual se encamina dicho procedi-

miento. En efecto, si presentara sus alegatos y pruebas sin tener conocimiento del uso que se hará de ellos en el tribunal, entonces, efectivamente, el significado esencial de esas pruebas y argumentos será tan sólo determinado después de haber concluido su presentación.

En efecto, esa sería la situación por ejemplo, si en un litigio acerca del sentido de una ley se fuera a decidir —después de presentada toda la argumentación y evidencia— si el fallo ha de tener efecto retroactivo —y regir, por consiguiente, el caso ventilado—, o si, por el contrario, dicho fallo ha de considerarse hacia el futuro, con lo cual queda sin efecto sobre el caso planteado. En un primer momento los argumentos y pruebas serían esgrimidos dentro del marco de las expectativas que normalmente acompañan una demanda judicial. En un segundo momento, lo que aparecía como una demanda en derecho entre dos litigantes se convertiría, de hecho, en una determinación legislativa. Dicha determinación buscaría pronunciarse acerca de si una norma jurídica existente necesita o no una enmienda para el futuro. Con ello se configura un procedimiento que requeriría la presentación de un tipo de pruebas y argumentación distintos a los exigidos en un litigio ordinario, y que al mismo tiempo pueden interesar a distintas personas. Aplazar el sentido, la finalidad misma del juicio, hasta tanto no haya sido completamente agotada la presentación y promoción de los argumentos y pruebas de los litigantes, equivaldría a declararse vencedor en un juego de naipes antes de que se hicieran las jugadas. E introduciría, irónicamente, en el seno mismo del procedimiento, los males resultantes de una disposición retroactiva acerca de los paradigmas que deben guiar los argumentos de las partes.

Por último, debemos tener presente la función social que cumple el litigante. A éste le asiste la creencia de que la disposición legislativa ha sido interpretada injusta e inadecuadamente. Se enfrenta a la interpretación aceptada y lleva su enfrentamiento ante los tribunales. Si obtiene satisfacción habrá realizado un servicio público al obtener la reinterpretación judicial de la ley.

Sería ciertamente absurdo que la recompensa por su actuación fuera lograr cambiar para el futuro la norma aplicable, pero sufrir la aplicación de la vieja, y ahora desacreditada (por obra suya) norma, sobre el caso concreto que litiga. Una vez que se toman en consideración todos estos aspectos, el efecto retroactivo de las interpretaciones judiciales será concebido como un elemento esencial en el sistema destinado a proveer la solución final —entre litigantes— de las disputas que versan sobre el sentido de las leyes.

Al inicio del análisis que acabamos de realizar sobre la interpretación, dijimos que en este campo del Derecho *parecía* existir una distinción tajante entre la creación del Derecho (que corresponde al legislador) y la interpretación de las leyes (que es tarea de los tribunales). Sin embargo, nuestra investigación revela que esa distinción se desvanece al mostrar cómo el sentido de una ley proviene no tanto de las palabras promulgadas por el legislador, sino de la glosa judicial practicada sobre esas palabras. La auténtica distinción no consiste en decir que los tribunales que interpretan las leyes no *legislan,* sino que, en comparación con las asambleas legislativas, ellos cumplen sus funciones dentro de un contexto institucional muy distinto, y, en consecuencia, con procedimeintos también distintos, haciendo participar en forma no menos distinta a quienes resultarán a la postre afectados por sus decisiones.

Las lecciones implícitas que se desprenden de nuestro análisis acerca del papel del poder judicial en la interpretación de las leyes deberían servir para prevenirnos en contra de la aceptación acrítica de afirmaciones como las que siguen: "Los tribunales de la Common Law crean Derecho al igual que cualquier cuerpo legislativo, y lo hacen en una forma que ningún legislador puede normalmente intentar hacer: ex post facto". En realidad los tribunales de la Common Law "crean" Derecho, como sucede con la interpretación tribunalicia, pero lo hacen dentro de un contexto institucional que, en el transcurrir y resolver de los casos, presupone y debe presuponer el efecto retroactivo. Además,

cualquier intento por dar tratamiento especial a casos fuera de lo común, excepcionales, es decir, aquellos cuya interpretación retroactiva puede implicar serias dificultades, exigiría pagar un precio demasiado elevado si se considera la confusión que introduciría en las funciones respectivas del litigante y del tribunal. En conclusión, el efecto retroactivo normalmente atribuido a las decisiones judiciales en la Common Law, no es, pues, un aborto del propio sistema, sino una parte constitutiva, intrínseca, de cualquier procedimiento que haya sido concebido para permitir que las partes presenten sus quejas ante los órganos oficiales a fin de lograr una determinación judicial del vínculo jurídico que las rige.

Ahora bien, nada de lo afirmado debe ser interpretado como si estuviéramos negando absolutamente que en ciertas oportunidades los efectos retroactivos de la Common Law producen serios inconvenientes. Pero esos inconvenientes se hallan mitigados al menos por cuatro circunstancias. En primer lugar, el respeto de que gozan los precedentes en la Common Law, así como la actitud expresa que manifiesta el poder judicial en el sentido de no querer decidir sin tomarlos en cuenta, reducen la posibilidad de que los tribunales rompan abierta e intempestivamente con el Derecho existente. En efecto, la sumisión de los tribunales a sus precedentes deriva en gran parte su motivación de un deseo de evitar imponer las cargas que resultarían de las alteraciones retroactivas del derecho. Y a esta luz la renuencia judicial a desconocer el derecho existente forma parte esencial de un sistema integral, y no es simplemente, como a menudo se presume, la expresión de una ciega aversión ante todo cambio. En segundo lugar, cuando —por las razones que acabamos de sugerir— el tribunal deja vigentes normas que necesitan una corrección, éste puede esperar —con una variada gradación en la confianza depositada— que el legislador promulgará las correcciones necesarias. Ya que, a diferencia de los tribunales, el poder legislativo puede realizar ese cometido dentro del marco de las expectativas normales que acompañan sus actividades propias. En tercer lugar, la

Common Law ha purgado uno de los aspectos de la retroactividad más inaceptables, a saber, el problema de la retroactividad penal. En la mayoría de las jurisdicciones en donde impera la Common Law, la totalidad del Derecho Penal ha sido sustraída de su competencia y confiada al poder legislativo. Esto quiere decir que en estas jurisdicciones no es posible, a través de la decisión judicial, crear nuevos delitos. En cuarto lugar, los países en donde prevalece el sistema de la Common Law son países en donde existe una notable uniformidad de criterios acerca de las cuestiones jurídicas y políticas más importantes. En otras palabras, en estos países no suele presentarse ninguna discrepancia profunda entre los paradigmas legales y las nociones generales acerca de lo que debe considerarse como justo y adecuado. Resulta entonces claro que en un contexto semejante los cambios retrospectivos del derecho, obra de las decisiones judiciales, a menudo sirven para concertar las normas jurídicas con la opinión general y, por consiguiente, hacen que aquéllas no parezcan opresivas.

Antes de dar por concluido el problema de la creación jurídica retroactiva debemos formular sucesivamente tres observaciones suplementarias. La primera se relaciona con algunos pocos casos acaecidos en los Estados Unidos, y en los cuales el efecto retroactivo le fue negado a unas decisiones que cambiaron radicalmente el Derecho existente. La materia objeto del problema consistió en la responsabilidad de los hospitales por la negligencia de doctores y enfermeras en el cumplimiento de sus tareas. Tradicionalmente, las entidades de caridad habían sido eximidas por la Common Law de toda responsabilidad por los actos negligentes de sus empleados. Ahora bien, esa disposición fue considerada por la mayoría de los estados como anacrónica, y, entre ellos, algunos la modificaron legislativamente. En un buen número de Estados la disposición fue desconocida por decisión judicial. La nueva disposición judicial en algunos casos se hizo con dimensión totalmente futurista, de manera que el propio

litigante, que contribuyó con sus argumentos al cambio del Derecho vigente, tuvo que sufrir la aplicación de la antigua disposición.

En otras ocasiones el beneficio de la nueva norma fue extendido al litigante que actuó ante los tribunales, a pesar de que los hechos que fundamentaron su acción estaban, necesariamente, bajo el imperio de la antigua disposición judicial; este mismo derecho, sin embargo, le fue negado a otros litigantes, cuyas demandas habían surgido bajo las mismas circunstancias que las del beneficiado. La segunda solución acarrea una injusticia evidente al dar un trato desigual para situaciones idénticas. Y esta injusticia se agrava, al tomar en consideración el hecho de que otros litigantes tenían la intención de llevar sus casos ante la Corte Suprema, en el momento de la decisión, pero que fallaron en su intento por accidentes en el manejo del calendario judicial. La primera solución difícilmente satisface al litigante cuya iniciativa judicial redundó en una reforma legal profunda y beneficiosa, pero cuya única recompensa fue la de ver aparecer su nombre registrado en los archivos judiciales como demandante perdedor en el caso Doe vs. The First Parish Hospital. En el trasfondo de esa nueva disposición, la cual dio lugar a una situación tan extraña, se hallaba la previsión consciente de una eventualidad. Se buscaba impedir una creciente oleada de demandas en contra de las instituciones hospitalarias mantenidas por fondos de caridad, y que habían actuado plenamente confiadas en el viejo principio, omitiendo contratar un seguro suficiente para ampararse de los riesgos derivados de la nueva disposición en curso.

Nuestra segunda observación se refiere a lo que se ha llamado "el litigante institucionalizado". Existen una serie de grupos sociales organizados, tales como los sindicatos laborales, las asociaciones comerciales, que tienen un interés constante en que se desarrolle la Common Lew. Y cualquiera de esos grupos puede incoar un proceso judicial no tanto por el triunfo de la causa específica, sino más bien con miras a producir un cambio de orientación en el derecho vigente, aunque también puede actuar con

la intención de preservar este último de la amenaza de cambio representada por otro grupo rival. Y cuando esos grupos proceden como hemos descrito, los argumentos normales que se esgrimen en contra de los cambios proyectados hacia el futuro, y a pesar de haber sido logrados por intermedio de las decisiones judiciales, pierden gran parte de su fuerza convincente. En efecto, cuando los litigantes tienen presente ese interés de largo alcance, entonces el procedimiento judicial incoado asume, ante la aceptación de todas las partes, el carácter de una sesión legislativa. Y la analogía se hace más palmaria cuando se recurre al expediente *amicus curiae.* Este consiste en una práctica institucional que admite que un interesado, que no es parte en el asunto, mediante solicitud elevada ante el tribunal para actuar como "amigo de la corte", procede a consignar un escrito pronunciándose sobre el caso. El escrito debe contener su opinión acerca de cuál debe ser la regla apropiada para aplicarse al caso concreto que se ventila ante el tribunal.

Nuestra última observación tiene que ver con los efectos que producen, en los Estados Unidos, las restricciones de las constituciones escritas. En todas las constituciones la disposición legal ex-post facto, en materia penal, es inconstitucional y consecuencialmente nula. El legislador se halla incapacitado para calificar de delito a acciones que no eran delitos antes de su perpetración. Además, un dispositivo legal que califique de criminosa una acción, pero que lo haga en forma tan vaga e indefinida que impida conocer con claridad cuál es específicamente la conducta prohibida, puede ser declarado inconstitucional. Existe, por consiguiente, un principio establecido para estas situaciones: "la vaguedad inconstitucional". Este principio puede impedir el recurso a la interpretación judicial retroactiva para determinar el carácter delictivo, o la falta de criminalidad, en aquellas situaciones en que no se puede obtener ninguna orientación definida de los términos del dispositivo legal encargado de regir la conducta humana.

Por último, una modificación retroactiva ha sido propuesta en casos como el que sigue: El poder legislativo promulga una

ley que razonablemente puede recibir dos interpretaciones: mediante una interpretación —la más restrictiva— la disposición prohibe los actos "a", "b" y "c"; mediante la otra —más extensiva los actos "d" también son prohibidos. Cualquiera de las dos interpretaciones habría podido ser originalmente considerada como adecuada. Supongamos, sin embargo, que ante los primeros casos el tribunal aplica la interpretación restrictiva y quedan amparados jurídicamente tan sólo los casos a, b y c. Posteriormente el tribunal reconsidera la cuestión. En esta nueva oportunidad el tribunal rechaza la actuación anterior, considera esas decisiones como equivocadas y extiende la interpretación de la ley hasta cubrir el acto "d". Esta segunda y más expansiva interpretación será considerada por el tribunal competente para ello, como inconstitucional, ya que puede penalizar a quién se condujo —de acuerdo con la primera interpretación— de conformidad con la ley. Resulta, pues, que todas esas restricciones constitucionales traducen el definido propósito de que el Derecho penal se libere de las evidentes injusticias que tendrían lugar no solamente debido a las leyes retroactivas, sino también debido a las interpretaciones retroactivas.

Al concluir esta extensa investigación sobre el problema de la retroactividad conviene recordarle al lector, nuevamente, que este problema, como todos los demás que se presentan dentro de la Common Law, debe ser analizado como un aspecto de un sistema de prácticas institucionales integradas. Si la Common Law no debiera su desarrollo a los resultados de la casuística judicial; si, por el contrario, los tribunales de antemano previeran la manera en que las cuestiones judiciales debieran resolverse, entonces el problema del efecto retroactivo de las determinaciones judiciales presentaría un aspecto notablemente diferente. Si las opiniones judiciales fuesen reglas anunciadas, breves y sin motivación, y presentaran los hechos en forma sintética o sucinta, entonces se haría sumamente difícil "extraer un nuevo derecho de los viejos libros". No menos difícil sería integrar las decisiones judiciales dentro de un cuerpo coherente de principios generales, o desarrollar en la práctica judicial que

hemos descrito como la transmisión de un criterio jurídico a través de distintas fronteras políticas. Todo lo afirmado hace patente que cualquier juicio definitivo acerca de la Common Law, así como su comparación con otros sistemas rivales, deben necesariamente tomar en consideración el sistema en su plenitud o totalidad. Cada práctica institucional, ofrece doble perspectiva. En efecto, si se le considera aisladamente puede aparecer como una fuente de inconvenientes y hasta de injusticias. Pero si se le concibe como parte integrante de una unidad más amplia, compartirá, como es lógico suponer, las virtudes inherentes a la totalidad.

La queja más frecuente que se dirige en contra de la Common Law consiste en que se le tiene por un sistema complejo e inaccesible. Sus reglas no pueden reducirse a la dimensión de un código manual. Al contrario, todas las reglas de la Common Law se hallan desperdigadas en miles de volúmenes y en un orden que rige el azar. Sólo los índices de los casos cubrirían buena parte de los estantes de la bibliotecas. En vez de reflejar la labor acabada de una comisión de expertos, la Common Law es una obra que no tiene fin. Una gigantesca e indefinida tarea de jueces que se extiende a través de las generaciones y que trata de las materias y situaciones más disparatadas. Cada regla de la Common Law lleva sobre sus hombros no solamente las razones que la asisten, sino también la articulación de opiniones divergentes acerca de esas mismas razones fundantes. Y no hablemos de los disentimientos expresos y de los razonamientos dudosos y alambicados, ni de las audaces ficciones, ni de los enrevesados esfuerzos desplegados para respetar el precedente establecido y mantener, al mismo tiempo, una perspectiva abierta hacia las exigencias y necesidades de una sociedad cambiante.

La argumentación para refutar todas esas acusaciones seguiría la siguiente línea temática: Todas esas cualidades tan poco atractivas son el resultado inevitable de un sistema jurídico que genera sus propias normas en la práctica de las controversias judiciales. Y la Common Law ofrece, en este sentido, un reflejo

indudable de la riqueza y variedad de la experiencia humana. Es un espejo auténtico de la perplejidad y complejidad de la vida misma, que no oculta esa verdad bajo la aparente geometría de un Código. En realidad, el Derecho codificado es un modelo simplificado que se encuentra muy alejado del diario acontecer de las cosas humanas. El resultado de este tipo de derecho viene a ser el siguiente: cuando sus tribunales "aplican" el Derecho codificado, crean una extensísima Common Law particular, que adolece justamente de un vicio: pretende ser lo que efectivamente no es. No asume las cargas y dudas inherentes a su auténtico origen, de allí que no pueda —según la famosas palabras de Lord Mansfield— "desarrollarse puramente" por medio de un proceso de comparación, revisión y rearticulación característico de la Common Law.

Lo que aquí se ha afirmado acerca de la Common Law revela que el sistema exige y tiende a desarrollar ciertas notas intelectuales muy precisas. Es posible rastrear la influencia de esas notas más allá de un tribunal, ya que se extiende a la enseñanza del Derecho, al papel de la profesión jurídica y hasta alcanza el estilo de promulgación de las leyes. En efecto, puede decirse con toda seguridad que la enseñanza del Derecho en los países de la Common Law ha demostrado tener un vigor intelectual mucho más pronunciado que el que refleja la misma materia en los países de tradición civilista. Quienes han estudiado derecho en el Continente, por ejemplo, se asombran ante el enorme trabajo que realizan los estudiantes en las Escuelas de Derecho Norteamericanas. Esta sorpresa se revela en observaciones como éstas: "Pero si sus estudiantes de Derecho estudian tanto como nuestros estudiantes de medicina". Aunque sobre este fenómeno influyen otros factores culturales, es probable que gran parte de esta diferencia pueda atribuirse al hecho de que la Common Law surge de una casuística judicial, cuyos hechos son estudiados extensa y detenidamente. Esto despierta cierto interés diríase dramático en el trabajo de clases. El alumno siente que se halla ante problemas reales de la vida. Hasta las figuras imaginarias de Lumley y Gye, los litigantes rivales del mundo tea-

tral de un Londres ya desvanecido en la historia, entablan una estrecha amistad y parecen adquirir más aspecto de auténticos humanos que el Primus y Secundus de las fuentes Romanas.

Empero, fundamentalmente, el reto específico de la Common Law estriba en el hecho de que la articulación de sus normas, y la explicación de las mismas —sus principios "fundantes"— representan un quehacer sin fin. Cuando a un estudiante se le pide una opinión acerca de la mejor manera de decidir un caso, he aquí las bases de su actuación: se espera que su decisión se ajuste no solamente a una generalización escueta, sino a un cuerpo de Derecho ya establecido, el cual refleja, en su textura, las huellas de su probada capacidad decisoria frente a una línea quebrada de pretéritos litigios, cuyas decisiones es menester analizar a los efectos de cumplir con el proceso decisorio del caso concreto examinado por él. Nada hay más perjudicial para una buena educación jurídica que el trazado de barreras infranqueables, que hagan imposible inquirir el *"por qué"* de las cosas. Y, en este sentido, no hay mejor vector de obstáculos al por qué de las cosas, que el derecho Codificado. En efecto, para lograr captar el auténtico sentido de una ley es necesario describir un rodeo: se debe acudir al trasfondo del texto legal para saber si se halla seriamente concebido y bien redactado; pero esto implica un esfuerzo distinto y suplementario, al tiempo que distrae la atención de los objetivos inicialmente perseguidos. Lo que aparece, pues, como un rodeo excepcional en el Derecho Codificado es parte del principal sendero de la Common Law.

Sería francamente desagradable hacer aquí una comparación sobre la calidad humana del contingente que es atraído en los dos sistemas a la profesión jurídica. No obstante, puede afirmarse, con toda seguridad, que en los países de la Common Law la profesión juega un papel más preponderante, activo y dirigente que en otras partes. Esa importancia de la profesión jurídica se explica, en parte, si se tiene en cuenta la naturaleza misma de la Common Law: ésta se encuentra siempre inmersa en el diario

acontecer, obtiene sus reglas de casos que reflejan toda la complejidad característica de la conducta —bien o mal intencionada— humana. En los Estados Unidos, y antes de que surgieran las Escuelas de Administración Comercial, era frecuente ver a los jóvenes que aspiraban seguir carreras gerenciales seguir estudios de Derecho. Y esta actitud, no estaba alimentada por el deseo de poder evacuar consultas legales como comerciantes. Por el contrario, esa actitud se fundamentaba en la firme convicción de que mediante el estudio del Derecho, a través del método casuístico, se podía adquirir un valioso entrenamiento para el ejercicio de la actividad comercial. En efecto, es innegable que un estudiante que haya cursado su primer año en contratos, habrá desarrollado y adquirido una agilidad mental lo suficientemente despierta y ágil como para percibir las distintas modalidades de un fracaso eventual en negociaciones ciudadosamente pactadas, y como éstas pueden dar lugar a controversias legales entre contratantes bien intencionados. Esta capacidad no deja de tener una relevancia especial para el cumplimiento de las tareas de un ejecutivo, sea cual sea el sector —público o privado— en que éste se desenvuelve.

Es sabido que existen distintos estilos —en cuanto a redacción y motivación— entre estas dos grandes tradiciones jurídicas. Los documentos redactados por un abogado de la tradición civilista suelen ser breves, concisos y hechos a semejanza de los códigos. El estilo de la Common Law, por su parte, es más extenso y entra en el campo de la previsión de contingencias eventuales. Quien redacta en la Common Law busca, en la medida de lo posible, eliminar las posibilidades o la necesidad del litigio, mediante la previsión de las dificultades que puedan hallarse en el camino.

Sea o no válida la caracterización que se acaba de esbozar —la cual, por lo demás, podría ser mucho más extensa—, resulta inobjetable que existe una notable diferencia entre lo que podría denominarse "el estilo jurídico" imperante en los abogados de

ambos sistemas. Esto se revela en la opinión de un abogado europeo, muy agudo en sus observaciones, que pasó un año de estudios en los Estados Unidos. Durante su visita este abogado consagró la mayor parte de su tiempo al estudio de materias directamente relacionadas con su especialidad, Derecho Internacional. Al final del año, sin embargo, dijo que de volver a repetir sus estudios dedicaría casi toda su atención al estudio de las materias básicas fundamentales: contratos, torts, derechos reales, que son las materias que se enseñan en primer año. Afirmó que los más serios obstáculos para la comprensión entre los abogados de los dos sistemas no radicaban en las dificultades del idioma. Ni siquiera en las distintas concepciones acerca de la materia sometida a discusión. El obstáculo consiste, decía el abogado en cuestión, en los hábitos y prácticas intelectuales adquiridos durante la enseñanza jurídica básica.

Si diésemos por concluido en este punto la descripción de la Common Law, es evidente que pecaríamos de parcialización. Los méritos apuntados existen. Pero no se cumplen simplemente por aplicación —en todo tiempo, lugar y circunstancias— de los usos institucionales y formas de pensamiento de la Common Law. El sistema es un instrumento con vocación específica. En algunos casos es útil y adecuado, en otros es inoperante. Desgraciadamente sucede que las apreciaciones no suelen tomar esto en cuenta. Toda valoración parece dar bandazos entre dos extremos: aprobación o desaprobación generalizadas. En efecto, por una parte, puede concebirse a la Common Law como una especie de institucionalización del fraude, que descansa sobre los cimientos inestables de una supersticiosa admiración del poder judicial, lo cual sería —afirma esa opinión— una característica propia de los pueblos anglo-sajones. Por la otra, puede ser descrita como un antídoto contra toda enfermedad jurídica, capaz de sanear todos los males del gobierno y capaz de crear un orden jurídico universal.

En lo que sigue intentaremos revelar nuestro juicio. Se buscará ajustar la balanza agregando peso mediante la descripción de las limitaciones de la Common Law —hasta ahora silenciadas— pa-

ra así poder contrabalancear los méritos que tan extensamente hemos analizado. Es nuestro deseo probar que la Common Law, al igual que cualquier otro sistema de Derecho judicial que siga a ese paradigma, no es un instrumento de regulación social eficaz en los siguientes casos: (1) cuando se trata de determinar qué actos deben ser calificados de delictivos; (2) cuando las opiniones que se disputan el escenario social se hallan enfrascadas en profundo combate por el Derecho, por el gobierno, y por la organización económica; (3) en las sociedades expuestas a cambios abruptos y acelerados; (4) en aquellas sociedades en que la función judicial resulta a todas luces *dirigida.*

Ya hemos dicho que en los países de la Common Law, el Derecho penal ha sido confiado, casi totalmente, al poder legislativo. En verdad el Derecho Penal nunca ha sido una de las más gloriosas páginas de la Common Law. En este campo del Derecho hay un principio regulador que exige que cada quien conozca exactamente lo que se espera de él. Es necesario que el ciudadano esté informado acerca de lo que puede y no puede hacer. Y este desideratum es muy pobremente servido por un sistema que se desarrolla a través de una casuística, que crece a medida que las controversias se plantean ante los tribunales.

Puede resultar revelador, sobre este particular, comparar el Derecho Criminal con el contractual. Esta última rama del Derecho sirve para engendrar y reforzar un estado de cosas que es capaz de funcionar en cierta medida sin la asistencia del derecho. Si nuestro objetivo es alcanzar un orden económico basado en la libre contratación, ese orden socioeconómico tiende a reflejar, en la medida de su desarrollo, en los litigios que se ventilan por ante los tribunales, los principios que lo constituyen y sostienen. Nada semejante a lo anterior puede darse en el Derecho penal. El crimen representa entropía social y el Derecho tiene por misión proteger a la sociedad. Y aunque el cumplimiento efectivo de esa misión implica una adecuada comprensión de las causas delictivas, esa comprensión no es posible obtenerla a través del procedimiento de adjudicación judicial.

cialmente es fallar en el intento definitorio, ya que no logra captar las diferencias que separan este funcionario de los tantos otros que existen en el gobierno. Es juez todo aquel que decide litigios dentro de un contexto institucional que implica la necesaria colaboración del litigante, quien tiene la función de esgrimir argumentos, de defenderlos y de probarlos, con lo cual contribuye al logro del resultado final. Ahora bien, esta participación de las partes afectadas pierde su sentido si los litigantes no enlazan recíprocamente sus argumentos, si lo que dice una de las partes es irrelevante para la posición sostenida por la otra sobre la materia objeto del litigio.

Claro está que un acuerdo de las partes sobre la argumentación presentada es asunto bastante relativo, ya que no es extraño que en un sistema judicial exista algún desacuerdo entre las aspiraciones de los litigantes. Por lo demás, aún bajo el imperio del Código más cuidadosamente creado, resultaría imposible evitar que uno de los litigantes fundamentara sus argumentos en una sección del Código, mientras la contraparte acudiera a otra Sección del mismo cuerpo jurídico para basar los suyos. Empero, admitiendo el riesgo que ello implicaría, sigue siendo verdad que de generalizarse la ausencia de acuerdo sobre los paradigmas de la argumentación de los litigantes, y en caso de que esto ocurra en todo litigio, entonces la aplicación judicial perdería toda validez como proceso destinado a garantizar el orden social. Es más, se puede aun afirmar que el síntoma más claro de una buena higiene social no es un acuerdo o consenso sobre los vagorosos valores generales; sino que se halla en los modelos que orientan precisamente la argumentación judicial antagónica, particularizada, disputada en forma incisiva y sujeta, en última instancia, a algún tipo de solución racional.

En cualquier caso, es ese el tipo de consenso que es esencial para el feliz funcionamiento de un sistema de Derecho judicial, que desarrolla sus normas decisorias a partir del proceso decisorio mismo. Y sobre esa base puede dudarse de que el camino hacia una verdadera paz internacional se halla en la creación de una

La observación que hicimos sobre el Derecho contractual, que éste reflejaba los principios esenciales de un orden socio-económico basado en la libre contratación, nos conduce a nuestro próximo punto: La Common Law sólo puede afianzarse, prosperar, en aquellas sociedades que a través de sus miembros presentan una concepción común acerca de las bases del orden social. Un sistema de Derecho judicial que pretenda funcionar sin un cuerpo de normas determinadas, preestablecidas, debe, necesariamente, conseguir su orientación en los principios reguladores implícitos al medio social dentro del cual ese sistema se desenvuelve. Si ese contorno social no puede suministrarle al Derecho su —por así decir— materia prima, hace, en consecuencia, imposible el imperio de la Common Law. Una fórmula trilladísima, que sirve para ilustrar el punto, consiste en decir que es preciso que exista un cierto consenso sobre los valores generales imperantes dentro del orden social, para que el juez, al decidir el caso, pueda tener la certeza de que sus decisiones contarán con la aprobación general de la sociedad. Pero, no obstante, existen dos dificultades serias en esa fórmula. En primer lugar, los valores generales no deciden problemas concretos, y precisamente no lo hacen en las situaciones que conducen, por su particular gravedad, al litigio judicial. En segundo lugar, la decisión judicial normalmente se relaciona con situaciones de hecho que no suelen ser conocidas de todos, y sobre las cuales, en consecuencia, los integrantes de la sociedad no han tenido la oportunidad de formarse una opinión.

Parece más interesante adoptar otra actitud analítica. En efecto, en vez de preguntarse si el consenso general tiene o no la posibilidad de garantizar la aceptación de los fallos judiciales, más aconsejable sería averiguar si ese consenso puede contribuir, de una manera efectiva, a lograr que los litigantes de la causa alcancen, sobre el caso controvertido, un acuerdo significativo sobre los argumentos esgrimidos. No olvidemos que el proceso judicial contiene en potencia una dimensión *social.* Por ello, querer definir al juez como alguien obligado a decidir impar-

Corte internacional con competencia para decidir las controversias entre naciones, y dotada de ciertos principios que deben ser engendrados por la propia Corte a medida que se presenten los litigios. En efecto, antes habría que contar con una condición indispensable: es necesario que exista una comunidad efectiva entre las distintas naciones. El camino para lograr ese objetivo se halla en la intensificación de relaciones comerciales y en la regularización de las comunicaciones. Se encuentra en un consentimiento tácito, fundamento del Derecho consuetudinario, y, en la medida de lo posible, en negociaciones contractuales explícitas que deben revestir la forma de tratados. Una vez echadas estas bases cabría la posibilidad de que en un futuro ellas sirvieran de base para el surgimiento de una Common Law Internacional.

La tercera limitación que afecta a la Common Law suscita muy poca discusión: se trata de un sistema —se dice— que se adapta mal a las sociedades sujetas a un desarrollo acelerado. Sus tardígrados métodos de desarrollo la imposibilitan para hacerle frente a condiciones de emergencia. Es obvio que no es recomendable su instauración en sociedades sujetas a una industrialización forzosa, o a cualquier otra reorganización radical, como, por ejemplo, una redistribución total de la tierra.

Nuestro último punto se refiere a la incompatibilidad que existe entre la Common Law y los objetivos "dirigistas", ejecutorios. La Common Law no es un instrumento eficaz, a menos de que se la quiera desnaturalizar, para llevar a cabo el funcionamiento de una línea aérea. Ni puede regir la administración de un hospital o regular la distribución de los servicios ferroviarios de una nación. Su tarea se limita a objetivos más concretos. En caso de un contrato celebrado entre A y la administración, a través de la Common Law se puede determinar a quien corresponde la razón en la interpretación de los términos del contrato. Pero no es posible resolver judicialmente la cuestión de si, en el futuro, la administración debiera o no contratar con A, B, o C, o si tal vez éste debiera iniciar por su cuenta la pro-

ducción de los bienes que constituyen el objeto de las contrataciones.

Puede argumentarse que este punto es demasiado obvio. Que no requiere demostración y que, en cualquier caso, se relaciona con las modalidades del Derecho en general, y no específicamente con las características propias de la Common Law. Pero esa solución demasiado somera del problema pasaría por alto que históricamente la experiencia de la Common Law ha efectivamente despistado a quienes la estudian. En efecto, nadie supondría que si un gobierno se propone regular un vasto campo económico la mejor solución sea redactar y promulgar primero un extenso y exhaustivo Código contentivo de las normas reguladoras, y luego crear un tribunal especial que actúe como instancia judicial interpretando y aplicando las disposiciones legales a los problemas o casos concretos que surjan. En efecto, las exigencias cambiantes de la realidad impiden, si es que se quiere responder rápida y flexiblemente a sus llamados, una administración basada sobre el procedimiento legal descrito. Por su parte, la Common Law parece comenzar sin normas preestablecidas, y, luego, a medida que la experiencia judicial aumenta, las normas van surgiendo de la casuística. Y esta forma de resolver las cosas confiere a este sistema jurídico una similitud con la actividad propia de un ejecutivo. Y esta última observación ha llevado a algunos a sostener que el mejor método que tiene un gobierno para regular un sector de la actividad económica, es que se cumpla dicha regulación mediante métodos semejantes a los empleados por la Common Law. Es así como puede llegarse a crear un tribunal administrativo. Este tribunal no contendría más substancia normativa que la de un principio rector: "las decisiones que de él emanen servirán para promover el interés público". Y después de eso se buscaría que la instancia judicial lograra, mediante el despliegue de su actividad decisoria formal —copiada del procedimiento de los tribunales judiciales— cumplir el objetivo perseguido, es decir, la regulación y dirección de la actividad económica encomendada.

Pero existen una serie de defectos en esa versión comparativa de los dos procedimientos descritos. La Common Law efectivamente desarrolla sus normas jurídicas a partir de la casuística judicial, pero sus decisiones, al declarar o determinar los derechos y deberes de las partes, difieren de las órdenes administrativas o ejecutivas. Estas, en efecto, disponen que tal "conducta se realice hasta próximo aviso". Además, las cuestiones que debaten en los foros de la Common Law son de tal naturaleza que los propios litigantes normalmente comprenden —y tienen acceso a—, las consideraciones más relevantes de la decisión judicial. Por otra parte, en las situaciones económicas complejas se da el caso de que cada elemento forma parte del todo. Y, en consecuencia, para obtener por medio de procedimientos judiciales toda la necesaria información acerca de la dirección económica impartida, será forzoso atiborrar la sala de audiencias de "litigantes", cada uno queriendo exponer su opinión particular, fragmentaria, sobre la decisión contemplada, y fundándose para ello en la participación —fraccional— que él tiene sobre la totalidad de la actividad judicial cumplida. (Por lo demás, conviene tener presente que en caso de que cada interesado sea llamado por turno a declarar, en ausencia de los demás, se perdería un elemento clave para la determinación judicial: la posibilidad que tiene cada litigante de conocer directamente lo que su contraparte ha afirmado, lo que le permitiría extenderse en comentarios sobre esa opinión).

En materia de objetivos gubernamentales la cuestión que acabamos de sugerir a menudo es planteada en los términos siguientes: ¿Cuáles son las funciones que deben sufrir conversión judicial, esto es, que deben ser cumplidas mediante procedimientos orientados por el sistema procedimental seguido por los tribunales de la Common Law? ¿Quizá los Estados Unidos es el país que ha desarrollado más esta conversión "judicial" de funciones originalmente no jurídicas. Y para comprender y enjuiciar este fenómeno, conviene tener presente que durante la última mitad de este siglo la Common Law norteamericana ha demostrado poseer una extraordinaria capacidad de desarrollo.

Pero lo que queremos dejar sentado es que este éxito expansivo de las formas y procedimientos judiciales no deja por esto de implicar ciertos peligros. Y quizá ya se haya alcanzado una dinámica extensiva acrítica que ha convertido en judiciales a funciones gubernamentales que no toleran —sin la consiguiente ineficacia e hipocresía— la conversión lograda. Desgraciada, pero necesariamente, las observaciones que acabamos de esbozar sobre las limitaciones de la Common Law han sido breves y a veces elípticas. Si logran convencer al lector de que existe un auténtico problema en lo referente a los límites naturales de la Common Law, habrán cumplido su propósito. Ya que es dentro de ellos que ese sistema puede rendir sus mejores servicios.

Un Post-Scriptum filosófico: Derecho Natural y Positivismo Jurídico *

En vista de que nos acercamos al término de nuestra investigación sobre el orden jurídico, conviene retener ciertos elementos básicos de nuestro análisis. Hemos distinguido cuatro fuentes específicas del Derecho: (1) la promulgación legislativa; (2) la contratación; (3) las modificaciones, alteraciones y ajustes tácitamente convenidos por las partes actoras de una relación contractual, que luego en virtud de ello engendran un Derecho consuetudinario; y, por último, (4) la aplicación judicial del Derecho tal como funciona en el llamado sistema de la Common Law. Puede decirse, en forma laxa, que todas esas fuentes constituyen sistemas rivales de creación jurídica. Pero desde otra perspectiva, la cual ha sido acentuada por nosotros, cada una de estas formas o modalidades institucionales expone el Derecho creado por ellas a una variada gama de influencias, que han recibido, entre nosotros, el calificativo de elementos implícitos inherentes al Derecho definitivamente resultante.

---

* La expresión positivismo jurídico es equívoca. El lector podrá percatarse por su cuenta. No obstante, y a pesar de la connotación *legalista* que parece darle el autor, hemos preferido conservar el adjetivo jurídico por cuanto es una acepción más amplia que permite diferenciación ulterior. *(N. del T.)*

Cuando presentamos por primera vez la distinción entre Derecho creado y Derecho implícito, hicimos ver, incidentalmente, que esta distinción se hallaba profundamente ligada a una vieja querella entre filósofos del Derecho: el conflicto que opone *positivistas* a partidarios del *derecho natural.* Nos parece que ha llegado el momento en que la vinculación expuesta exige ser revisada. Definir exactamente lo que es un jusnaturalista en cosa harto difícil.

Nos parece más oportuno, en consecuencia, comenzar con la tarea más fácil de encontrar y exponer lo que se entiende por positivismo jurídico.

Es positivista quien se declara un apóstol del Derecho estatuido. Esta caracterización dista mucho de la verdad. En una frase anterior, hemos caracterizado a este personaje —positivista— como alguien que siente una profunda inclinación por el carácter altamente intelectualizado del Derecho estatuido. Esta preferencia se patentiza en una gran variedad de maneras. Es clara su pretensión reduccionista, al afirmar que la Common Law *crea* el Derecho al igual que los órganos legislativos. Y esto es verdad. Pero sólo lo es en cierto sentido. Insistir demasiado en ese hecho, sin calificarlo adecuadamente, induce a una equivocada actitud —normalmente aceptada por el concierto positivista—, caracterizada por la desconsideración de las diferencias entre los procedimientos institucionales a través de los cuales las dos fuentes "crean" su derecho.

Una muestra de desconfianza o escepticismo ante la posibilidad de que existan elementos implícitos en el Derecho y en la creación jurídica conduce a Austin a negarle el carácter propiamente jurídico a las normas consuetudinarias. Y persiste en la negación hasta tanto éstas no hayan recibido la aprobación estatal. Hasta que, en otras palabras, no hayan sido "recreadas" por el estado. Ya hemos desplegado nuestro esfuerzo analítico para demostrar como esta concepción distorsiona y simplifica los hechos.

Otra ilustración de esta misma postura la hallamos en el libro de Gray, "Naturaleza y Fuentes del Derecho". En el capítulo IV

de ese libro, Gray se plantea el problema de si puede afirmarse que existe *regulación jurídica* sobre una materia que "jamás se ha debatido antes" en ninguna jurisdicción y que tampoco ha engendrado la existencia de "ninguna ley, ninguna decisión y ninguna costumbre". Ante esa situación Gray no vacila en afirmar que nos hallamos frente a una laguna de Derecho, ante un vacío legal. Sólo es admisible, sin embargo, esta aseveración acudiendo a una interpretación tautológica. Lo que se quiere afirmar es lo siguiente: "yo defino el Derecho de tal manera que no pueda haber Derecho en una jurisdicción hasta tanto no exista allí algo que corresponda a mi definición". Pero si la intención de Gray es afirmar que en la hipotética situación no había posibilidad de prever la forma en que el tribunal resolvería el nuevo caso, entonces estaba palmariamente equivocado.

En toda sociedad existen criterios tan profundamente adversos a la opinión generalizada que son desechados por cualquier juez de sano juicio. Por ejemplo, un hombre da muerte a su padre. En su defensa arguye de la siguiente manera: mi padre era un hombre virtuoso y creyente, al quitarle la vida lo envié a la plena felicidad, que, por lo demás, es imposible lograr sobre esta tierra. Quien obra de esta forma, y por estos fines, no puede ser castigado. Supongamos otro ejemplo, un funcionario público sustrae una gruesa suma de las arcas estatales. Responde a las acusaciones en su contra citando el preámbulo de la constitución que declara que el Estado existe para promover la felicidad del mayor número de personas. El dinero que él toma, afirma, lo hizo feliz. La disminución infinitesimal resultante en la riqueza de todos y cada uno de los demás ciudadanos no puede ni debe de ninguna manera producir un detrimento perceptible a "su" felicidad. (Si estos ejemplos parecen un tanto descabellados en un contexto como el presente, cabe recordar que Santo Tomás de Aquino se extendió profusamente sobre un problema semejante al primero y Jeremías Bentham, por su parte, prestó mucha atención a los fundamentos del segundo).

Cualquier argumento semejante a los anteriores no es considerado improcedente ni por el Derecho estatuido, ni por la cos-

tumbre, ni por decisión judicial. Su rechazo no depende del Derecho. Al contrario, puede decirse que el Derecho hace depender el rechazo de ese tipo de argumentación de la simple opinión general. Y en este sentido se hace necesario contar con un consenso extrajurídico acerca de lo que debe considerarse como efectivamente improcedente a los efectos de su relevancia jurídica, para así restringir la periferia del Derecho a un campo de dimensiones funcionales. Paradójicamente los positivistas, que insisten en que el verdadero derecho es el concebido explícitamente, el estatuido, son los beneficiarios de esta tácita y unánime exclusión. Sin ese tácito y presupuesto acotamiento, el Derecho "positivista" sería un amasijo caótico demasiado escurridizo para permitir fundamentar su consecuencial credo legalista.

Al llegar a este punto nos parece útil trazar la comparación entre el positivismo jurídico y el positivismo científico. Este último condena todo proyecto congnoscitivo que pretenda rebasar los límites de lo observable. Rechaza toda metafísica y renuncia, de antemano, a toda explicación que pretenda revelar últimas causas. Su programa de investigación consiste en hacer el trazado de las constantes discernibles en los fenómenos de la naturaleza, sin preguntarse por su procedencia, y limitándose a captar dichas constantes en el momento preciso en que se abren ante la observación del investigador. Existe, no obstante, un aspecto común a los dos tipos de positivismos, ambos —el jurídico y el científico— buscan establecer límites a la investigación. El positivismo jurídico busca concentrar su atención sobre el Derecho a partir del proceso institucional que lo engendra. Es, pues, el Derecho definitivamente creado lo que constituye el objeto de sus indagaciones. No le interesa averiguar las orientaciones sociales que forman parte del esfuerzo legislativo.

Ambos positivismos no sólo manifiestan un claro paralelismo en sus postulados, sino que también comparten las mismas dificultades en el mantenimiento y defensa de sus creencias. En efecto, el positivismo científico encuentra serios inconvenientes en la tarea de determinar los linderos de su propia actividad inves-

tigativa, más allá de los cuales la investigación no debe prosperar. Las referencias a la metafísica y a otros términos semejantes —términos peyorativos—, aunque conservan para este tipo de positivismo un valor polémico no cumplen la función de límite que se les pretende asignar. No constituyen barreras claras y precisas. El filósofo Morris Cohen decía que la metafísica simplemente representaba un intento de la mente humana por penetrar lo más adentro posible en la realidad. Pero entre los positivistas científicos existe, de hecho, una gran variedad de opiniones acerca de cuales son las zonas vedadas a la investigación científica. La norma y divisa positivista, "atengámosnos a lo observable" puede suscitar graves obstáculos. Algunos hallazgos científicos han surgido de la postulación de estructuras o mecanismos que aún no habían alcanzado el nivel de lo observable, y algunos todavía perduran en ese mismo estado. Pero en medio de este cerrado debate sobre esta y otras cuestiones problemáticas, el científico practicante sigue impertérritamente su trabajo. En esta tarea hace uso de todos los medios y sesgos inventados o creados por él, que le permitan conferirle un sentido funcional a los hechos, tal y como él los percibe.

El levantamiento de fronteras también azota con igual intensidad al positivismo jurídico. El Derecho consuetudinario revela esas dificultades en su máxima expresión. ¿A partir de qué momento puede decirse que *existe* Derecho consuetudinario? ¿A partir de qué momento puede estimarse que las expectativas recíprocas que dan origen al Derecho consuetudinario adquieren una firmeza y fijación tales que puedan engendrar obligaciones? Una reflexión atenta sobre lo difícil que es contestar esas preguntas, explica las razones por las cuales los positivistas tienden a rehuir este problema. O por qué un Austin, por ejemplo, pretende reducir el Derecho consuetudinario a una modalidad jurídica sometible a su credo filosófico. Y el querer someter a la Common Law a un análisis positivista ofrece dificultades que en casi nada difieren de las que revela el Derecho consuetudinario. La naturaleza "emergente" de sus reglas tiende a convertirlas en piezas resistentes a las exigencias de una visión positivista. Es solamente

en el dominio del Derecho estatuido en donde el positivismo jurídico se siente relativamente seguro, pero siempre y cuando se esquiven los problemas de interpretación.

Ahora bien, a pesar de la comunidad de postulados y problemas, esto no debe obnubilar: existe una diferencia crucial entre ambos tipos de positivismo. El positivismo científico descansa en un principio excluyente que es plenamente aceptado por la ciencia contemporánea: la finalidad, la ida de fin, no es un criterio aceptable para la explicación del dominio de la materia inanimada (actualmente nadie piensa que la caída de una piedra es el resultado de un impulso que hace que ésta busque reintegrarse a su madre, la tierra). El positivismo jurídico, por su parte, difícilmente puede trazar esa exclusión. El Derecho es un producto del esfuerzo humano, y se corre el riesgo de caer en un absurdo si se pretende omitir la finalidad perseguida por quienes lo han engendrado.

Esta diferencia entre positivismo científico y positivismo jurídico se hace aún más patente al considerar analíticamente el Derecho que no cumple con los requisitos de promulgación, es decir, un derecho viciado. La naturaleza inanimada no comete errores, pero el legislador si incurre en ellos. Un meteorito o una molécula no pueden errar; una Ley puede, por el contrario, fallar en su intento y finalidad. Y son muy variables las formas en que una ley puede errar en la prosecución de sus fines: puede revelar fallas en su estructura básica, en su formulación verbal, en la concepción que tiene sobre la situación práctica que pretende regir, así como en otra serie de aspectos. Y todo juez que asuma la responsabilidad de aplicar una ley debe, a menudo, enfrentarse al difícil ejercicio de su libertad rectificativa: ¿hasta dónde puede llegar? Se sentirá, por ejemplo, plenamente seguro al corregir un texto viciado por errores de impresión. Pero es casi imposible creer que un juez vaya a pensar que por el sólo hecho de su cargo, pueda abrogarse el derecho de reconstruir totalmente la ley con la finalidad de adaptarla mejor a los objetivos perseguidos. Y, como es lógico suponer, entre estos dos

extremos se halla una zona media muy difícil de atinar en el ejercicio de su apreciación y poder decisorio. Estos problemas de apreciación no pueden ser resueltos con la ayuda del positivismo, ya que la existencia de los mismos no concuerda con las premisas de esa postura filosófica.

El problema de la ley defectuosa o viciada, en el sentido de aquejar fallas en relación con los objetivos que el dispositivo persigue, hace aflorar la dificultades que engendran o suscitan los problemas de interpretación y que precisamente se suelen presentar cuando, cualquiera que sea la actitud filosófica, se intente aislar el Derecho de sus fuentes. El problema de la interpretación constituye uno de los cometidos más importantes para abogados y jueces; no obstante sobre esta materia el positivismo no tiene casi nada que decir. En la práctica los positivistas tienden a ignorar el problema o simplemente a descartarlo, alegando que se trata de un campo que no concierne directamente al Derecho, sino que se relaciona con la política, la sociología o la ética. Y cuando es tratado por los autores positivistas, éstos revelan generalmente la presunción de que en la mayoría de los casos una ley puede ser aplicada mediante la simple lectura de sus palabras, sin considerar para nada su propósito o función. Y sólo se admite recurrir a la función o fin de la Ley en casos ocasionales, excepcionales. Ahora bien, en realidad la claridad de una Ley no se debe tanto al significado lexicográfico de sus palabras, sino al hecho de que su propósito es tan diáfano y conocido que cualquier ciudadano razonablemente inteligente puede entrever cuáles son los objetivos que se quieren lograr.

Veamos ahora el polo opuesto del positivismo jurídico: la teoría del Derecho natural. Ya hemos hecho ver al respecto que no es nada fácil saber lo que significa ser partidario del Derecho natural. Claro que resultaría cosa relativamente sencilla reunir en una sola concepción todos los dogmatismos que han sido atribuidos a la doctrina y que a veces han servido para ejemplificar el Derecho natural.

Tomadas, pues, nuestras precauciones y libres de cualquier responsabilidad ante el fundamento de nuestro criterio, puede decirse que el credo iusnaturalista comprende los siguientes postulados: Existe un sistema jurídico ideal creado por Dios, por la naturaleza del hombre, o por la propia naturaleza. Este tipo jurídico ideal es igual para todas las sociedades y para todos los tiempos. Sus normas son discernibles por medio de la razón. Cualquier ley o norma jurídica estatuida que contradiga este sistema ideal es nula, y no puede moralmente pretender ser cumplida.

Es bastante fácil refutar estas afirmaciones. Las leyes de una sociedad primitiva, analfabeta, muy probablemente difieren de las normas que rigen un país en donde toda la ciudadanía adulta sabe leer y tiene todos los recursos necesarios para comunicarse por vía impresa. Los sistemas jurídicos de los países en donde escasea el agua difieren de los que están ubicados en zonas lluviosas. Los primeros deberán hacerle frente a las crisis planteadas por efecto de las sequías; los segundos no tendrán esa clase de problemas. Y así como ese factor, existen otras consideraciones climatéricas, geográficas, tecnológicas, culturales, históricas, que tienen que ser tomadas en cuenta al establecer cualquier sistema jurídico. Y aún en el supuesto de que todos esos factores fueran perfectamente balanceados, las exigencias del Derecho natural no podrían, no obstante, ser demostradas con precisión geométrica. Si cada ciudadano se abrogara el derecho de ejercer un veto privado frente a una ley que en su opinión viola el Derecho natural, caeríamos efectivamente en lo que Bentham calificó de "práctica suicida" ("for a cut throat time of it"), Rechacemos pues, todos los dogmatismos que frecuentemente se asocian a la teoría del Derecho natural. Trasladémonos al extremo opuesto de la escala y detengámosnos en lo que puede pasar por la versión más modesta de esta teoría. Su postulado fundamental consiste en resaltar el papel preponderante de la razón humana en la determinación y funcionamiento de las instituciones jurídicas. Sostiene que existen principios objetivos para una sana arquitectura social, y que estos prin-

cipios, al igual que lo que sucede en la arquitectura física, no cambian con cualquier alteración de los detalles del diseño que los orienta. Quienes participan en la tarea del Derecho deben adquirir un sentido específico de la función institucional y deben idear la mejor forma de cumplir esa función sin trasgredir sus restricciones esenciales. Y todas estas cuestiones dependen de su precisa comprensión y percepción, y no reflejan necesariamente una predilección personal o un legado tradicional.

Si la virtud de la teoría iusnaturalista ha sido el mantener viva la fe en la capacidad de la razón, su vicio ha sido el haber sobreestimado el papel que la razón puede cumplir en los asuntos humanos. La razón puede moldear la estructura fundamental de un sistema jurídico, pero ésta no puede pretender capacitar el Derecho para que se enfrente a todos los incidentes y pormenores de la vida humana. En cualquier sistema jurídico se presentan casos difíciles, casos límites, que pueden ser solucionados indistintamente por vía racional o irracional. Para llegar a una solución en estos casos debemos pasarlos a manos de un juez, haciendo uso de esta manera del principio de autoridad, y ello no por cuanto se piensa que éste sabrá cómo decidir, sino simplemente porque alguien *tiene* que decidir. Es verdad, por lo demás, que la previsión legislativa puede disminuir la frecuencia y hasta evitar este tipo de situación, pero jamás podrá eliminarlas totalmente.

Una fe demasiado ardiente en las virtudes del Derecho natural puede no sólo dejarnos sin asistencia frente a ciertas situaciones como las que acabamos de describir, sino que puede distorsionar nuestra concepción de los problemas que afectan la estructura fundamental del orden jurídico. En nuestro análisis hemos distinguido cuatro especies de Derecho: Derecho promulgado legislativamente, estatuido; Derecho consuetudinario; Derecho contractual, y Derecho judicial ejemplificado por la Common Law. Ahora bien, cada uno de estos tipos jurídicos tiene sus ventajas y desventajas. En efecto, al investigar un dominio específico de la vida humana pudiera tal vez demostrarse plausiblemente cómo

una de esas especies jurídicas constituye —para ese campo— un instrumento normativo superior a los demás. Empero, existe una marcada tendencia que busca ordenarlos de acuerdo con una escala de relativa "racionalidad". De acuerdo con esta escala, el Derecho estatuido y el contractual suelen ser colocados en primer lugar. El Derecho consuetudinario es colocado en el último lugar. En un sentido puede decirse que esa clasificación es correcta. En efecto, ciertamente el Derecho estatuido y el contractual son más "racionales" que el consuetudinario, precisamente porque presuponen y requieren una comunicación más efectiva entre sus actores y destinatarios. ¿Pero qué sucede toda vez que fallan las formas normales de comunicación o que desaparecen por completo? Es entonces cuando los tácitos y recíprocos ajustes que fundamentan el Derecho consuetudinario cobran plena vigencia. No deben rechazarse estas formas jurídicas por el hecho de que sean "primitivas" si la situación sobre la cual se aplican es ella misma "primitiva".

Nos parece innecesario recordarle al lector que los comentarios que acabamos de hacer tienen gran relevancia en un mundo en que las grandes naciones se hallan divididas en campos hostiles: campos en los cuales en el mejor de los casos la comunicación es imperfecta. Una persona que supuestamente se haya formado un criterio perfecto para establecer un orden mundial ideal es probable que minusvalore el mejor medio para lograr limar las diferencias, esto es, los acomodos tácitos, expeditivos, que fundamentan y hacen surgir el Derecho consuetudinario. Una vez que ese derecho alcance suficiente extensión, y después de que se afiance, entonces quizá pueda —a partir de ese momento— ser reemplazado por otras formas más "avanzadas" de derecho: extensos tratados, legislación internacional, y eventualmente, quien sabe si por la creación judicial emanada de una Corte Mundial con jurisdicción compulsiva.

¿Es acaso posible que exista un sistema jurídico ideal, no formulado, por encima de las expresiones conocidas del Derecho, portador de todas las virtudes de éstas y de ninguno de sus de-

fectos? Parece difícil concebirlo. Una impaciente búsqueda por lograr la expresión más acabada de la racionalidad jurídica conduciría su argumentación de acuerdo con esta línea temática: si cada una de las formas específicas del Derecho hace las veces de instrumento especializado, más apto para una clase de uso y menos para otra, ¿por qué no se aplican entonces esas especies a la situación precisa, demostrativamente señalada como la más apropiada y efectiva? ¿Por qué no se preserva la flexibilidad ajustando directamente las formas del Derecho a las exigencias de la vida, en lugar de desplegarlas de acuerdo con un patrón irregular, el cual no es más que el reflejo de los accidentes de la historia y de la configuración desordenada de la Sociedad? Cualquier intento semejante inevitablemente está condenado al fracaso, aún en el simple estado de su formulación intelectual. Una analogía lingüística puede servir para mostrar la verdad de nuestra observación. Idealmente puede llegarse a concebir un lenguaje perfecto, capaz de organizar la materia prima de la experiencia en una infinidad de estructuras, cada una reflejando un específico aspecto de la realidad que para ese momento se haya hecho interesante. Pero un lenguaje tan absolutamente inflexible renunciaría a su función fundamental: la comunicación. Toda comunicación requiere líneas básicas y expectativas comunes. Esto implica que las distinciones que un determinado lenguaje puede expresar, deben ser reducidas en número. Puede incluso llegarse a afirmar que las formas básicas del lenguaje revelan siempre una relación significativa, pero el precio de esa revelación es la oscuridad en que dejan sumergida a otra relación. Se hace, por ejemplo, sumamente difícil concebir un lenguaje sin una distinción entre substantivos y verbos. No obstante, los substantivos tienden a reificar procesos convirtiéndolos en algo estático. El verbo transitivo obscurece la interacción y la recíproca influencia diciéndonos, por ejemplo, que A actúa sobre B. Pero nos hace olvidar que en el curso de ese proceso, A ha sido alterado por su contacto con B. Quienquiera que esté familiarizado con los problemas de traslación sabe que las formas de un lenguaje pueden ser beneficiosas dentro de un determinado contexto, pero

que pueden revelarse como obstáculos para la claridad y elegancia dentro de otro.

Igual cosa sucede con el Derecho. Las formas jurídicas no pueden ser plásticamente adecuadas al continuo surgir de situaciones. Deben extenderse sobre áreas claramente comprensibles a pesar de sacrificar con esto algo de su capacidad de adaptación ante casos individuales. Esto significa que en la elaboración de un sistema jurídico funcional es inevitable establecer algo parecido a una relación contable de los costos relativos. La racionalidad característica del Derecho no puede ser de corte lógico o geométrico. Debe asumir los caracteres de un cálculo económico: "después de considerar todos los factores, y evaluando el resultado de la confrontación entre costos y ventajas, X es mejor que Y". Ahora bien, pudiera darse el caso de que el partidario del Derecho natural estime que esto es un compromiso inaceptable. Si así es el caso, tal vez su teoría haya fallado al intentar encontrar las leyes naturales que rigen la creación jurídica de los humanos.

En nuestro recuento analítico de posiciones, no hemos hecho ningún intento por describir, ni siquiera por sugerir, todas las variaciones históricas que configuran los credos positivistas y naturalistas. En algunas oportunidades el positivismo parece moverse hacia un fin muy ambicioso: aspira reducir toda conducta humana a los paradigmas analíticos derivados de las ciencias que estudian la materia inanimada. Pero normalmente los partidarios del positivismo legal no llegan a tanto. Y aunque, por su parte, la filosofía del Derecho natural ha descansado siempre sobre una fe racional, resulta que en algunas ocasiones se ha sostenido que la razón a que se alude sobrepasa claramente la capacidad humana y que, además, ésta es solamente asequible mediante la revelación. Nosotros hemos descrito una teoría del Derecho natural en su versión revolucionaria, o en su aspecto más favorable, a pesar de que su retórica ha sido empleada para sustentar el status quo, al afirmar que el Derecho existente es la expresión misma del Derecho natural. Y a los efectos de cum-

plir con esa función conservadora del Derecho natural se acentúa la vaguedad en lo relativo al modelo reivindicativo del derecho existente. Ya que de ahondarse demasiado específicamente en esa cuestión, proporcionando o aportando un patrón para el cambio, podría fácilmente desmerecerse la causa del quietismo.

Con todo y su flexibilidad, con todas las variaciones históricas que hayan sufrido, es muy improbable que la oposición entre las dos escuelan vaya a desaparecer totalmente. Sirven para traducir una polaridad fundamental. Una de las teorías hace énfasis sobre el carácter determinado, estatuido, del Derecho. Nos invita a concebir al derecho como lo que este *es,* en lugar de intepretarlo de acuerdo con nuestro criterio sobre el fin que el orden jurídico debe perseguir. La otra escuela nos recuerda que el Derecho se halla indudablemente —al través del tiempo— en franco proceso de desarrollo. La dirección de este desarrollo descansa en parte sobre quien así concibe el Derecho, ya que éste participa en el trazado de ese rumbo. Y en vista de que en ciertas coyunturas circunstanciales de la vida humana ambas teorías pueden parecer viables, es probable que ambas continuarán vigentes en el futuro.

INDICE

PRIMERA PARTE

La Persistente Problemática del Derecho 7

El Derecho como dimensión de la vida humana 9
Salud y Enfermedad del Sistema Jurídico 15
El Derecho en libros y el Derecho en acción 19
Reconciliación del hecho y la palabra 24
Armonización entre la Actividad Judicial y Actividad Legislativa . 27
Preservación de la Integridad del Derecho en el momento de su Cumplimiento 37
La tendencia hacia la irresponsabilidad en la creación de las Leyes. 44
Eliminación de las oscuridades atingentes a los propósitos del Derecho: El fin del Derecho Penal 50
Las Leyes y las instituciones jurídicas obedecen a una pluralidad de propósitos 67
El "elemento humano" en el Derecho 72

SEGUNDA PARTE

Las Fuentes del Derecho 75

Introducción 77
Derecho Creado y Derecho Implícito 78
El papel del Derecho Implícito y del Derecho Creado en la Historia del Derecho 88
Los elementos implícitos del Derecho Creado 103
Elementos Creados del Derecho Implícito 124
La Common Law 150
Un Post-Scriptum filosófico: Derecho Natural y Positivismo Jurídico 198

ESTE LIBRO SE TERMINO DE
IMPRIMIR EL 23 DE NOVIEMBRE
DEL AÑO MIL NOVECIENTOS
SESENTA Y NUEVE, EN LAS
PRENSAS VENEZOLANAS DE
EDITORIAL ARTE, EN LA
CIUDAD DE CARACAS